TRAGWEITE DER BESTIMMUNG DES
ALLGEMEINEN DEUTSCHEN HANDELSGESETZBUCHS,
DASS
VERTRÄGE ÜBER UNBEWEGLICHE SACHEN KEINE
HANDELSGESCHÄFTE SIND.

INAUGURAL-DISSERTATION,

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER

JURISTISCHEN FACULTÄT HIESIGER UNIVERSITÄT

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

AM 14. JANUAR 1882, MITTAGS 12½ UHR,

IN DER AULA LEOPOLDINA

ÖFFENTLICH VERTHEIDIGEN WIRD

GUSTAV WENDT

GERICHTS-REFERENDAR.

OPPONENTEN:

HANS HOPPE, GERICHTS-REFERENDAR.

DR. ERICH KERN, GERICHTS-REFERENDAR.

ALFRED KNY, GERICHTS-REFERENDAR.

HEINR. KORN, REFERENDAR UND DOCTORAND.

BRESLAU.

DRUCK VON GRASS BARTH & COMP. (W. FRIEDRICH.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0006

Seinem theuren Vater

in Liebe und Verehrung

gewidmet vom

Verfasser.

Handel im weitesten Sinne ist die der Vermittlung des Güterumlaufs zugewendete menschliche Thätigkeit.[1]) Dieser Güterumlauf bezeichnet den Uebergang eines Gutes von einer Person auf die andere, sei es dem Eigenthum oder der Nutzung nach; eine örtliche Veränderung des betr. Gutes ist dabei aber durchaus nicht erforderlich. Der Handel kann daher in seiner weitesten Bedeutung ebensowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben.

Von diesem weitesten Begriffe des Handels hat sich aber von jeher eine engere Sphäre als sog. eigentlicher Handel abgesondert, auf den allein das Handelsrecht Anwendung findet, mag es nun nur als Handelsgewohnheitsrecht bestehen oder auch gesetzlich fixirt sein. Ausgeschlossen von dieser eigentlichen Handelssphäre sind vor allem die Immobilien.

Schon der allgemeine Sprachgebrauch lässt dies erkennen, indem er den Ausdruck „Waare", die eigentliche Bezeichnung für die dem Handelsverkehr unterworfenen Gegenstände, auf Immobilien, auf Grundstücke u. dgl. anzuwenden doch nur in einer sehr uneigentlichen, übertragenen Bedeutung gestatten würde. Ebenso findet sich schon bei den Römern der Satz: Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet.[2])

Es lässt sich aber diese Ausschliessung der Immobilien von dem Geltungsgebiet des Handelsrechts auch aus dessen geschichtlicher Entwicklung noch näher begründen.

---

[1]) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht I, S. 398.

[2]) Vgl. l. 66. D. de verb. sign. 50. 16.

Das römische Recht, dessen einst weltbeherrschendes System auch für das Handelsrecht wie für alle modernen Rechte das Fundament abgegeben hat, konnte für eine derartige Abgrenzung des Handelsrechts schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil es hier, wenn überhaupt, jedenfalls in der für seinen Einfluss auf die modernen Rechte massgebenden Zeit, d. i. in der Zeit der klassischen Juristen und der justinianeischen Gesetzgebung überhaupt kein besonderes römisches Handelsrecht gab. Schon das ältere römische Recht enthielt zahlreiche Besonderheiten, wie z. B. den scharf ausgeprägten Geldcharakter der Obligationen, das Princip, dass liquide Geldschulden meist unmittelbar durch manus injectio exequirbar waren, und andere derartige Eigenthümlichkeiten,[3]) welche ein Specialrecht für den Handel entbehrlich machten, und während sich später im ädilitischen Recht Anfänge zur Ausbildung eines solchen zeigten,[4]) so kam dieselbe doch in Folge der Verschmelzung des ädilitischen, sowie des ebenfalls auf dem freien Verkehr der Völker unter einander basirten prätorischen Rechts mit dem Civilrecht zu keinem Abschlusse; es blieb vielmehr das Civilrecht in Folge der hierdurch erlittenen Modificationen bis zu seiner letzten Codification unter Justinian den Anforderungen des römischen Handelsverkehrs genügend. Waren doch auch die damaligen Handelsformen von einer verhältnissmässigen Einfachheit, wie sie durch das Halten zahlloser Sklaven seitens der römischen Kaufleute und durch die Centralisation des gesammten damaligen Handelsverkehrs in Rom veranlasst wurde.

Die Ausbildung des Handelsrechts als eines das bürgerliche Recht ausschliessenden Sonderrechts trat vielmehr in den mittelalterlichen Städten ein, seitdem die Kaufleute sich als ein besonderer Stand constituirten und theils kraft ihrer Autonomie, theils kraft ihres Einflusses auf die städtische Gesetzgebung ein ihren Bedürfnissen entsprechendes eigen-

---

[3]) Vergl. Goldschmidt, Handelsrecht I, S. 366, Not. 3.

[4]) Vergl. Bremer's Aufsatz Nr. IV in der Festschrift zu Thöl's Doctorjubiläum.

thümliches Recht hervorbrachten; vor allem in Oberitalien, aber in ähnlicher Weise auch in Deutschland, besonders im Hansagebiet. Und da das römische Recht inzwischen theils schon durch die römischen Kaiser, theils durch den Einfluss des kanonischen Rechts eine dem damaligen Aufschwung des Handelsverkehrs durchaus feindliche Ausbildung erhalten hatte, so war es jetzt besonders das germanische Recht, welches das Handelsrecht bei seiner Entwicklung durch die Handelsgewohnheit stark beeinflusste. — Durch seinen Einfluss sollte denn auch die Ausschliessung der Immobilien vom Handelsrecht zur Nothwendigkeit werden.

Der Anschauung des deutschen Rechts im besonderen Gegensatz zum römischen entsprach nämlich eine grundverschiedene Behandlung der Mobilien und der Immobilien.[5]) Die besondere Behandlung der Mobilien hatte aber immer die Erleichterung des Verkehrs mit denselben zum Zweck, während es umgekehrt gerade im Wesen des deutschen Rechtes lag, eine möglichste Stabilität der Grundeigenthums-Verhältnisse zu beobachten. So kam es, dass bei der Ausbildung eines besonderen Rechtes für den Handel, dessen Hauptwesen auf dem eine vermittelnde Thätigkeit entwickelnden Verkehr der Menschen unter einander beruht, besonders die für den Mobiliarverkehr bestimmten Grundsätze zur Anwendung kamen. Hieraus ergab sich dann von selbst, dass nun nicht auch die nur für den Mobiliarverkehr aufgestellten Sätze dadurch auf Immobilien Anwendung finden durften, dass diese in den Bereich des Handels gezogen wurden.

Obgleich sich nun allerdings besonders in neuerer Zeit ein auf den Umsatz von Immobilien gerichteter Geschäftsverkehr entwickelt und besonders in der Gestalt von Häuserspeculationen und Bau-Entreprisen bestimmte Formen angenommen hat, so kann es doch nicht im Interesse der allgemeinen Verkehrsverhältnisse liegen, diesen besonders zu befördern. In der richtigen Einsicht, dass es der Natur der Immobilien widerstrebt, Gegenstand eines häufigen Austausches zu sein, und dass der häufige Wechsel der Besitz-

[5]) Vgl. Gerber, Deutsch. Privatrecht § 74.

und Nutzungsrechte an diesen von mannigfachen socialen wie wirthschaftlichen Gefahren und Unzuträglichkeiten begleitet ist,[6]) ist daher auch das Princip, dass auf einen derartigen Handelsverkehr die besonderen Vorschriften des Handelsrechtes nicht anzuwenden seien, wie in den meisten neueren Gesetzgebungen, so auch im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch ausdrücklich festgehalten worden: Der Artikel 275 des deutschen Handelsgesetzbuchs lautet:

„Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte."

Die Tragweite dieser Bestimmung zu untersuchen, soll nun die Aufgabe der folgenden Zeilen sein.

Capitel I.

§ 2. Die genannte Bestimmung des Artikels 275 steht im Handelsgesetzbuch in dem Abschnitt über den Begriff der Handelsgeschäfte. Es hängt dies mit der von unserem Handelsgesetzbuch innegehaltenen Methode bei der Abgrenzung seines Geltungsgebietes zusammen.

Die Principien, welche bei einer derartigen Abgrenzung zur Anwendung kommen können, sind nämlich dreierlei: Das subjective Princip fasst das Handelsrecht als ein Recht der Kaufleute in ihren gewerblichen Beziehungen auf und bestimmt daher nur den Begriff des Kaufmannes. Das objektive geht von dem Begriff der Handelsgeschäfte aus, den es genau definirt, und lässt auf diese das Handelsrecht zur Anwendung kommen ohne Rücksicht darauf, von wem sie vorgenommen werden. Das dritte Princip, das sog. gemischte, legt beide Begriffe zu Grunde, indem es dieselben irgendwie zu einander in Beziehung bringt. — Ein derartiges gemischtes System befolgt das deutsche Handelsgesetzbuch, jedoch mit bedeutendem Uebergewicht des objectiven Princips. Es macht in Artikel 4 den Begriff des Kaufmanns vollständig abhängig von dem der Handelsgeschäfte; erklärt aber andererseits wiederum viele Handels-

[6]) Vgl. Goldschmidt, I, § 41, Not. 18, S. 429 f.

geschäfte nur deshalb als solche, weil sie von einem Kaufmann betrieben werden.

Was nun den Begriff der Handelsgeschäfte anbelangt, so unterscheidet das Handelsgesetzbuch in den Artikeln 271 bis 273 drei Klassen von Handelsgeschäften. Von diesen ist die in Art. 271 enthaltene Klasse diejenige der absoluten Handelsgeschäfte, d. h. die hier genannten Rechtsgeschäfte gelten in jedem Falle als Handelsgeschäfte, ganz unabhängig davon, von wem oder unter welchen sonstigen Umständen sie abgeschlossen werden. Diesen stehen die relativen gegenüber, welche erst bei Gegebensein gewisser Voraussetzungen als Handelsgeschäfte gelten. Diese theilen sich wieder in zwei Klassen in den Artikeln 272 und 273. Für die in Artikel 272 genannten Rechtsgeschäfte ist die Voraussetzung ihrer Qualification als Handelsgeschäfte entweder ein gewerbsmässiger Betrieb derselben oder eine Eingehung derselben durch einen Kaufmann, wenn dieselbe auch vereinzelt und ausserhalb seines sonstigen Gewerbebetriebes stattfindet. Sie werden meist als relative Handelsgeschäfte im engern Sinne bezeichnet, und es werden ihnen dann die in Artikel 273 aufgeführten als Hilfsgeschäfte oder praesumtive Handelsgeschäfte gegenübergestellt. Nach Artikel 273 sind nämlich endlich noch alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen. Ihren Namen „praesumtive“ Handelsgeschäfte führen dieselben in Folge der in Art. 274 in Beziehung auf dieselben aufgestellten Präsumtion, dass die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge „im Zweifel“ als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig gelten sollen. Während nun die absoluten und die relativen Handelsgeschäfte in Art. 271 und 272 genau einzeln aufgezählt sind, so sind die praesumtiven Handelsgeschäfte nur in der angegebenen Weise allgemein bezeichnet. Die im Absatz 2 des Artikels 273 angeführten praesumtiven Handelsgeschäfte können nur als Beispiele derselben betrachtet werden. In diese Klasse kann füglich jedes Rechtsgeschäft fallen, bei dem es sich noch um eine vermögensrechtliche Leistung handelt.

Betrachten wir nun, wie allen diesen Bestimmungen unser Artikel 275 gegenübersteht, so kann kein Zweifel sein, dass derselbe bei der Unbeschränktheit, mit der er den vier vorstehend bezeichneten Artikeln angefügt ist, als eine generalis clausula auf alle vier gleichmässig zu beziehen ist, dass also jedes Rechtsgeschäft, welches sich innerhalb der genannten drei Klassen von Handelsgeschäften als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache charakterisirt, kein Handelsgeschäft sein soll.

Zu beachten ist aber hier schon, dass sowohl in Art. 271 wie 272 die meisten der dort genannten Rechtsgeschäfte theils ausdrücklich, theils ihrer Natur nach auf bewegliche Sachen beschränkt sind.[7]) Der Artikel 275 richtet sich daher in erster Linie gegen die ganz allgemein gehaltene Bestimmung des Artikel 273, und wir werden daher unser Augenmerk besonders darauf zu richten haben, welche von den in letzterem Artikel einbegriffenen Rechtsgeschäfte durch die oben bezeichnete Bestimmung von den Handelsgeschäften ausgeschlossen werden.

§ 3. Die Tragweite eines derartigen Ausschlusses eines Rechtsgeschäftes von den Handelsschäften ist aber sowohl in materieller, wie auch in formeller Beziehung eine sehr weitgehende. Vor allem ist ein derartiges Rechtsgeschäft von den Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzbuchs ausgenommen und bleibt statt dessen den meist strengeren und besonders formell schwerfälligeren Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unterworfen. Es macht sich dies ebensosehr bei der Frage nach dem giltigen Abschluss wie bei der Beurtheilung der Wirkungen desselben in hohem Grade geltend. Man denke nur z. B. an die Bestimmuug des Art. 317, dass bei Handelsgeschäften die Giltigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten im allgemeinen nicht bedingt ist — eine Bestimmung, die mir gerade mit den Hauptprincipien des heutigen Immobiliarrechts in vollständigem Gegensatz zu stehen scheint —, oder, was die

[7]) Vgl. Behrend, Lehrbuch S. 145, Not. 4.

Wirkungen des einmal geschlossenen Vertrages anbelangt, z. B. an die für die Mora beim handelsrechtlichen Kauf gegebenen Bestimmungen des Art. 354 und der ff.

Sodann kann durch den gewerbemässigen Betrieb eines derartigen Geschäfts nicht die Eigenschaft eines Kaufmanns erlangt werden (vgl. Art. 4 des H. G.-B.). Möglich ist dies aber überhaupt nur auf Grund der in den Artikeln 271 und 272 genannten Handelsgeschäfte — die daher von Thöl als „Grundhandelsgeschäfte" bezeichnet werden[8]) --, während nach Art. 273 ein Rechtsgeschäft umgekehrt nur dadurch zum Handelsgeschäft werden kann, dass es durch einen Kaufmann, und zwar in seinem Handelsbetriebe vorgenommen wird. Wenn daher auch der gewerbemässige Betrieb eines Rechtsgeschäfts nicht zum Kaufmann machen sollte, insofern dasselbe keinem der in den Art. 271 und 272 gegebenen Merkmalen vollständig entspricht, so ist daraus noch durchaus nicht etwa per arg. a contr. der Schluss zu ziehen, dass es damit gänzlich von den Handelsgeschäften ausgeschlossen sein soll. Vielmehr ist dann immer erst zu sehen, ob das betr. Rechtsgeschäft nicht noch durch die Vornahme desselben seitens eines Kaufmanns in seinem Handelsgewerbe zu einem Handelsgeschäft werden kann. Hier wird dann ausser etwaigen, aus dem thatsächlichen Verhältniss folgenden Hindernissen immer nur der Art. 275 entgegenstehen, da dieser die einzige, eine ganze Kategorie von Rechts-Geschäften allgemein von den Handels-Geschäften ausschliessende Bestimmung im Handelsgesetzbuch enthält. — Ich habe geglaubt, dies besonders hervorheben zu müssen, weil mir gerade dieses Moment, wie weiter unten gezeigt werden soll, in der Litteratur nicht immer genügend festgehalten worden zu sein scheint.

Endlich dürfte hier noch zu erwähnen sein, dass die Unterscheidung der Rechtsgeschäfte in Handelsgeschäfte und Nichthandelsgeschäfte auch in processualer Hinsicht von grosser Bedeutung ist, insofern nämlich die aus beiderseitigen Handelsgeschäften entspringenden Ansprüche die Haupt-

[8]) Vgl. Thöl, Handelsrecht § 34, S. 127.

gruppe der „Handelssachen", d. h. der zur Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen gehörenden Materien bilden.[9])

Auf diese Weise ist also ein Rechtsgeschäft, dem die Qualität eines Handelsgeschäftes abgesprochen ist, principiell von der handelsrechtlichen Sphäre ausgeschlossen.

Es kann damit freilich nicht verhindert werden, dass ein derartiges Rechtsgeschäft dennoch thatsächlich alle Eigenschaften eines eigentlichen Handelsgeschäftes an sich trägt, ja dass aus derartigen Geschäften geradezu ein ganzes Gewerbe constituirt wird, wie dies gerade aus „Verträgen über unbewegliche Sachen" unstreitig bei einem Häuserspeculanten der Fall ist. Auch kann ein derartiges Gewerbe dasjenige eines Kaufmanns sein, die genannten Verträge also als die Grundgeschäfte eines kaufmännischen Gewerbebetriebes erscheinen — nämlich, wenn sie von einer Person betrieben werden, die unabhängig davon, ob ihr Unternehmen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht, als „Kaufmann" gilt, z. B. einer Actiengesellschaft (vergl. das Gesetz vom 11. Juni 1870), ohne dass jedoch die bezeichneten, durch Art. 275 ausgeschlossenen Rechtsgeschäfte dadurch zu Handelsgeschäften würden. Es ist daher ein thatsächliches Handeltreiben mit unbeweglichen Sachen durch die in Art. 275 enthaltene Bestimmung keineswegs verhindert oder auch nur als nicht zulässig bezeichnet, sondern es hat dadurch nur bewirkt werden sollen, dass die für den Handel mit Mobilien, d. h. für die eigentlichen Handelsgeschäfte besonders durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten Erleichterungen und Förderungen einem derartigen Handel nicht zu Gute kämen.

Capitel II.

§ 4. Ehe wir betrachten, welche Rechtsgeschäfte unter dem Ausdruck „Verträge über unbewegliche Sachen" im Sinne des Artikel 275 zu verstehen sind, dürfte es angezeigt sein, den Begriff der unbeweglichen Sachen selbst erst mit einigen Worten zu erläutern.

[9]) Gerichtsverfassungsgesetz § 101.

Aus der ganzen Tendenz unseres Artikels geht hierbei vor allem hervor, dass hier dieser Ausdruck „unbewegliche Sachen“ in seinem weiteren Sinne zu nehmen ist, und daher hier unter den unbeweglichen Sachen auch alles zu verstehen ist, was diesen rechtlich gleichsteht, resp. dass darunter sowohl die körperlichen wie auch die unkörperlichen, d. s. die unbeweglichen Rechte, zu verstehen sind. — Sodann ist aber der Begriff der unbeweglichen Sachen überhaupt kein durch die Bestimmungen des Handelsrechts irgendwie fixirter, kein technisch-handelsrechtlicher, und es sind daher nach Art. 1 des H.-G.-B. hierfür die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und zwar aller derjenigen Länder massgebend, in denen das Handelsgesetzbuch Geltung hat, d. s. die einschlägigen Bestimmungen des gemeinen Civilrechts, der einzelnen in Deutschalnd geltenden Particulargesetze, des preussischen Landrechts, des code civil und des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs. Da es jedoch hier zu weit führen würde, alle diese Rechtssysteme bis ins Detail in Betreff der als unbewegliche Sachen zu bezeichnenden Gegenstände zu erforschen, so möge es genügen, nur das gemeine Recht näher zu betrachten und von den übrigen nur die Hauptbesonderheiten der wichtigsten derselben in der angeregten Frage zu berühren.

a. Unbewegliche Sachen im engern Sinne sind nach gemeinem Recht diejenigen, welche unbeschadet ihrer Substanz nicht von einem Ort zum andern gebracht werden können.[10]) Hierzu gehören vor allem der Grund und Boden, sowie alles, was mit ihm in organischer oder fester mechanischer Verbindung steht, sodass es einen Bestandtheil desselben bildet.[11]) Es folgt dies aus der Natur

[10]) Vgl. Glück, Pand. II, § 173, S. 520 ff. Weiske, Rechtslexikon IX, S. 471 ff.

[11]) Omne quod solo inaedificatur solo cedit § 29, J. 2, 1. Fundus est omne quidquid solo tenetur l. 115 D. de V. S. — l. 241 eod. arg. a contr. — l. 1, § 1 D. usufr. quemadm. cav: 7, 9. — Vgl. Windscheid, Pand. I, § 139. Wächter, II, S. 258.

der Sache unmittelbar, und mit Recht lässt Unger[12]) für die hier einbegriffenen Gegenstände allein die Bezeichnung res naturaliter immobiles gelten, besonders gegen Glück[12]), der die mit dem Grund und Boden nur in organischer oder mechanischer Verbindung stehenden Sachen als res civiliter immobiles bezeichnet.[13])

Die hier bezeichneten Gegenstände müssen daher auch in allen den Ländern, wo besondere Gesetzbücher gelten, als unbeweglich betrachtet werden, auch wenn die in diesen enthaltenen Bestimmungen sich nicht vollständig in demselben Sinne aussprechen, es sei denn, dass dieselben derartige Gegenstände direct als beweglich bezeichnen sollten. Dies gilt z. B. von der im Oesterr. b. G.-B. § 297 gegebenen Bestimmung betr. der Gebäude: dieselben seien insofern zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen, als sie „auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, dass sie stets darauf bleiben sollen." Trotz dieser Bestimmung sind Gebäude, die „grundfest" sind, deren Fundamente also in Grund und Boden ruhen und die sich daher nicht fortbewegen lassen, immer als unbewegliche Sachen zu betrachten, auch wenn sie bald wieder eingerissen werden sollen.[14])

Zu den hier erwähnten Sachen sind sodann besonders auch die noch nicht separirten Früchte, noch mit dem Grund und Boden verbundene Erze und Steine, ungeschlagenes Holz u. dgl. zu rechnen.

Streitig ist es vielfach gewesen, ob auch Windmühlen hierher gehören.[15]) Wenn diese aber auch auf ihrem Unter-

---

[12]) Unger, Oesterr. Priv.-R. I, S. 382, und Glück, Pand. II, § 173.

[13]) Vgl. l. 40 D. 19, 1. Arborum quae fundo continentur non est separatum corpus a fundo. — l. 44 De de R. V. Fructus pendentes pars fundi videntur.

[14]) Vgl. Unger, I, S. 384, Not. 8; sodann vgl. Siebenhaar's Commentar I, § 59, S. 94 f. Zachariae, franz. Civilrecht § 170, S. 420 ff. — Das Pr. L.-R. spricht sich übereinstimmend mit dem gemeinen Recht aus.

[15]) Vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 45. Stobbe, I, § 63, Not. 13, S. 430. Koch, P. L.-R. I, 2, § 6, Not. 8, S. 108. — Rönne, Ergänzungen I, S. 56; das hier citirte Ober-Trib.-Erk. v. 19. März 1834 erklärt sie für unbeweglich:

gestell drehbar sind, so sind sie meistens gerade durch eben dieses mit dem Grund und Boden nicht weniger fest verbunden, als ein auf einem gemauerten Fundament stehendes Gebäude, oder wenigstens als ein nur von seinen vier Eckpfählen getragenes Haus, wie solche z. B. als sog. „Heustadeln" nach der in den Alpen vielfach üblichen Bauart aufgeführt werden. Windmühlen freilich, bei denen das genannte Untergestell nicht mit dem Boden durch Eingrabung etc. „grundfest" verbunden ist, sondern nur auf der Oberfläche des Bodens aufliegt, so dass die ganze Windmühle auf Walzen u. dgl. von einem Ort zum andern geschafft werden kann, derartige Windmühlen — wie sie thatsächlich an manchen Orten zu finden sind — dürften m. E. trotz ihrer Grösse und Schwere ebenso gut als beweglich anzusehen sein, wie eine grosse Markthalle oder dergleichen, welche in gleicher Weise nur auf den Boden gestellt und nicht grundfest mit demselben verbunden ist.[16])

Zu einer weiteren Controverse haben die Schiffsmühlen Anlass gegeben.[17]) An sich sind diese jedenfalls als beweglich zu bezeichnen,[18]) sie sind aber vielfach durch Gesetz für unbeweglich erklärt, so besonders nach sächsischem Recht.[19])

b. Pertinenzen einer unbeweglichen Sache sind als solche gemeinrechtlich noch nicht als unbeweglich zu betrachten. Wenigstens ist diese Ansicht heutzutage als die

---

weil es für so grosse Körpermassen auf der Strasse an Raum fehlen möchte und doch Niemand schuldig wäre, ihnen über seine Aecker, Triften und Felder den Durchzug zu verstatten.

[16]) Uebereinstimmend sagt der code civil Art. 519: *Les moulins à vent ou à eau, fixes* (nicht *fixés*, vgl. Zachariae a. a. O. Not. 20, S. 424) *sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.*

[17]) Vgl. Rönne a. a. O. Ziff. 3.

[18]) Vgl. Unger, I, S. 384, Not. 9.

[19]) Sächs. Priv.-R. § 59. — Dass sie durch das preussische Gesetz vom 11. März 1850 § 7 für gewisse Fälle den Mühlengrundstücken gleichgestellt werden, dadurch scheinen sie mir für das preussische Recht durchaus noch nicht allgemein als unbeweglich erklärt zu sein; vergl. jedoch unten S. 18, Anmerk. 36. Für das französische Recht vergl. oben Anmerk. 16.

communis opinio zu betrachten.[20]) Früher nahm man jedoch nicht weniger allgemein in gänzlicher Verkennung des Wesens der Pertinenzqualität das Gegentheil an, indem man die Pertinenzen einer Liegenschaft wie die vorhin genannten Gegenstände als Bestandtheile derselben ansah und diesen als den sog. Haupt- oder integrirenden Bestandtheilen jene höchstens als Nebenbestandtheile gegenüberstellte.

Von dieser besonders noch von Glück, Thibant, Weiske u. a. vertretenen Ansicht sind daher auch noch die meisten, gegenwärtig geltenden bürgerlichen Gesetzbücher geleitet.

So sagt das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 293, Satz 2: „Sachen, die an und für sich beweglich sind, werden im rechtlichen Sinne für unbeweglich gehalten, wenn sie vermöge des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigenthümers das Zubehör einer unbeweglichen Sache ausmachen." — § 296: „Gewisse, schon eingebrachte Erzeugnisse etc. werden insofern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind;" sodann § 297. Satz 2: „nicht nur alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist, sondern auch diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauche eines Ganzen bestimmt sind."

In demselben Sinne sagt wohl auch das Preuss. Landrecht I, 2, § 10: „Unter dem Ausdrucke: Mobiliar- oder bewegliches Vermögen sind alle beweglichen Sachen zu verstehen, insofern sie nicht als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache gehören.[20a])" Ebenso lautet der Art. 524 des code civil dahin: *„Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds*

---

[20]) Vgl. Unger, I, § 55, S. 441. Goldschmidt, I, S. 679. Wächter, II, S. 222 II, S. 248—256. — Anders dagegen Glück, II, § 173, welcher dieselben, solange sie sich am Orte ihrer Bestimmung befinden, als unbeweglich bezeichnet. Ebenso Weiske l. c. S. 473, conf. Busch, Archiv N. F. VI, S. 233.

[20a]) Deutlich ist diese Ansicht noch festgehalten in den Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch für die Preuss. Staaten (Berlin 1840) ad Tit. I, §§ 3—5, S. 7, citirt bei Rönne a. a. O. S. 57, lit. c: „Es ist auch nicht zweifelhaft, dass Rechte, wie jede andere bewegliche Sache, die Natur einer unbeweglichen annehmen, wenn sie mit einer Immobilie in die Verbindung eines Pertinenzstücks zur Hauptsache treten."

sont immeubles par destination. Ainsi . . . . les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires . . . les lapins des garennes . . . . les poissons des étangs etc.“

Dagegen sagt das sächsische Civilgesetzbuch § 59 ausdrücklich: „Andere Sachen (als Grundstücke und Schiffsmühlen) werden unter den beweglichen begriffen.“

Eine derartige Bezeichnung der Unbeweglichkeit für den beweglichen Zubehör einer unbeweglichen Sache können wir aber nur in der Weise verstehen, dass diese an sich beweglichen Sachen in gewissen Rechtsverhältnissen so zu behandeln sind, als wären sie unbeweglich. Die angeführten Bestimmungen der genannten Gesetzbücher können daher nur heissen: Die dort bezeichneten Pertinenzen stehen von selbst in gewissen Rechtsverhältnissen, in welchen die Hauptsache steht;[21]) dies macht sich besonders geltend im Erbrecht, im ehelichen Güterrecht, bei Veräusserungen und Verpfändungen der Hauptsache etc.[22]) „In allen übrigen Rechtsverhältnissen gilt die an sich bewegliche Hilfssache der unbeweglichen Hauptsache auch in rechtlicher Beziehung als beweglich. Bewegliche Hilfssachen werden daher insbesondere als bewegliche besessen und als bewegliche nach den Grundsätzen für bewegliche Sachen ersessen. — Werden bewegliche Hilfssachen einer unbeweglichen Sache veräussert, so ist dies ein Geschäft über bewegliche Sachen u. s. f.“[23])

Die beweglichen Pertinenzen einer unbeweglichen Sache können daher nur mit dieser zusammen als unbewegliche Sachen erscheinen; dagegen sind sie, sobald sie als selbstständige Sachen, d. i. nicht in Beziehung zur Hauptsache in Betracht kommen, als beweglich zu bezeichnen.[24])

---

[21]) Aehnlich schon das preuss. Landrecht I, 2, § 105: „Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil.“

[22]) Vgl. Unger, I, § 48, Not. 39 ff., S. 392 und S. 299 ff.

[23]) Vgl. Unger, I, § 55. S. 442 f. — Sodann auch Dernburg, § 62, Not. 12, S. 111. Wächter, II, S. 248.

[24]) In consequenter Durchführung der älteren Ansicht könnte z. B. das Miethen eines zu dem Inventar eines Landgutes gehörigen Lastwagens oder sonstigen Fuhrwerks im Gebiet des preuss. Landrechts

Ebenso verhält es sich mit allen den andern beweglichen Sachen, welche rechtlich nur in gewissen Beziehungen wie die unbeweglichen Sachen zu behandeln sind. So werden z. B. auf Schiffe vielfach die Grundsätze des Immobiliarrechts angewendet:[25]) ihre Verpfändung geschieht auf Grund eines den Grund- und Hypothekenbüchern nachgebildeten Schiffsregisters;[26]) das Pfandrecht an denselben ist entgegen dem für bewegliche Sachen meist geltenden deutschrechtlichen Grundsatze: „Hand wahre Hand" auch gegen dritte Besitzer des Schiffes verfolgbar;[27]) die Execution in dieselben findet vielfach durch Subhastation statt[28]) etc. Dennoch bleiben sie deshalb bewegliche Sachen und die über sie geschlossenen Verträge fallen keineswegs unter Artikel 275. Goldschmidt bezeichnet sie treffend als die Immobilien des Handels.[29])

§ 5. Die begrifflich nur auf körperliche Sachen anzuwendende Unterscheidung nach der Beweglichkeit resp. Unbeweglichkeit ist in analoger Weise auch auf die unkörperlichen Sachen, die Rechte, ausgedehnt worden. Dem klassischen römischen Recht war eine derartige Eintheilung der Rechte gänzlich fremd. Dieselbe beruht daher für das heutige Recht ausser auf der analogen Anwendung gewisser, schon im corpus juris civilis aus-

---

(vgl. I, 2, § 48) niemals ein Handelsgeschäft sein, selbst nicht, wenn es z. B. seitens einer Postanstalt oder dgl. geschieht (vgl. H.-G.-B. Art. 272, Nr. 3); und wenn hier Roloff (Busch, Archiv IV, S. 192 a. E.) und Rebling (Busch, Archiv N. F. VI, S. 239) zu dem entgegengesetzten Resultat kommen, „weil der Sprachgebrauch entschieden dagegen ist", so scheint mir dies eine Willkürlichkeit.

[25]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch II, § 60, Not. 7 und 8.

[26]) Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 432—438. — Im franz. Recht sind sie unmittelbar wie Immobilien dem *droit de suite par hypothèque* unterworfen; vgl. Renaud in der kritisch. Zeitschr. Band 23, S. 235, Not. 6.

[27]) Vgl. H.-G.-B. Art. 758, Satz 2, und die analoge Ausdehnung dieses Satzes auf den Erwerb des Eigenthums bei Goldschmidt, II, § 80 III, Nr. 3, S. 831.

[28]) Vgl. preuss. Subhast.-Ordnung v. 15. März 1869, § 1, Ziff. 4.

[29]) Vgl. Goldschmidt, II, § 60, Text zu Not. 7.

gesprochener Gedanken hauptsächlich auf dem alten deutschen Recht.[30]) Diesem war sie nämlich von jeher eigenthümlich.

Bei der schon oben erwähnten, grundsätzlich verschiedenen Behandlung der Mobilien und der Immobilien gebot es sich von selbst, dass Rechte an Liegenschaften, welche oft einen reicheren Inhalt hatten, als heutzutage das Eigenthum an denselben, desselben Rechtsschutzes wie dieses theilhaftig wurden. Sodann trat hier in Folge der eigenthümlichen erb- und güterrechtlichen Verhältnisse häufig die Nothwendigkeit ein, ein ganzes Vermögen nach der bezeichneten Qualification zu zerlegen.

Da die Rechte aber von Natur weder beweglich noch unbeweglich sind, so können dieselben immer nur als res civiliter oder juris intellectu mobiles resp. immobiles betrachtet werden. Wenn nun oben gesagt wurde, die Bezeichnung der beweglichen Pertinenzen einer unbeweglichen Sache als civiliter immobiles lasse dieselben gleichwohl noch principiell als mobiles bestehen, so unterscheidet sich m. E. die Bezeichnung der Rechte als res civiliter immobiles von jener grundsätzlich dadurch, dass der rechtlichen Qualificirung der bez. Pertinenzen eine factische Mobilität derselben gegenüberstand, während die Rechte eben factisch weder als das eine noch als das andere qualificirt sind. Wenn daher bestimmte unkörperliche Sachen vom Recht in gewissen Verhältnissen ausdrücklich als unbeweglich bezeichnet sind, so ist dies für dieselben per analogiam sehr wohl auf alle Fälle auszudehnen, wo es sich wieder um die bez. Qualificirung handelt, solange wenigstens nicht eine weitere ausdrückliche Bestimmung entgegensteht. Es kann eben nur die rechtliche Qualificirung zur Anwendung kommen, weil eine factische nicht vorhanden ist.

a. Bei der Eintheilung der Rechte in bewegliche und unbewegliche nach gemeinem Recht macht sich nun zunächst ein schon dem römischen Recht bekannter Grundsatz geltend, der im corpus juris in den folgenden Sätzen enthalten ist:

[30]) Vgl. Unger a. a. O. I, S. 391 f. Rénaud l. c. S. 87, Not. 19.

Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur (l. 15 D. de R. J.) und

Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest (l. 143 D. de V. S.).

In diesen Sätzen ist nämlich augenscheinlich eine sehr nahe Beziehung zwischen dem Recht an einer Sache und dem thatsächlichen Haben der Sache selbst anerkannt. Es ist daher anzunehmen, dass bei einer Eintheilung der Rechte nach ihrer Beweglich- resp. Unbeweglichkeit diese nahe Beziehung ausschlaggebend ist und daher die Rechte je nach ihrem Gegenstande als beweglich oder unbeweglich zu betrachten sind.

Unbestritten[31]) sind auf Grund dieser nahen Beziehung vor allem dingliche Rechte, welche eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, stets als unbewegliche anzusehen, also das Eigenthum und die dinglichen Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen.

Eine Ausnahme macht jedoch hiervon das Pfandrecht;[32]) dieses richtet sich nämlich vermöge seiner accessorischen Natur nach der Hauptforderung, für welche es besteht. Es ist daher selbst ein Pfandrecht an einer Immobilie dann als beweglich zu betrachten, wenn es für ein Forderungsrecht auf eine Mobilie bestellt ist.[33])

Ob aber im gemeinen Recht die Forderungsrechte nach demselben Princip einzutheilen seien, dies ist von jeher

---

[31]) Vgl. Glück, Pand. II, § 174, S. 532 ff. Weiske, Rechtslexikon IX, S. 475 ff. Unger, I, S. 396. Wächter, II, S. 225, lit. b.

[32]) Vgl. Glück, Pand. II, S. 535. Wächter l. c. lit. a. Unger S. 396 a. E. und Anmerk. 59. Wo das Pfandrecht seiner accessorischen Natur beraubt ist, kommt die neuerdings vielfach, besonders in modernen Hypotheken-Ordnungen vertretene Theorie zur Geltung, dass das Hypothekenrecht nicht als jus in re aliena, sondern als Realobligation zu betrachten ist: (über deren Qualificirung s. w. u.) — vgl. Meibom, Mecklenburg. Hypoth.-Recht S. 42, Not. 30.

[33]) Hiervon ist wohl zu unterscheiden die Verpfändung selbst. Während nämlich ein Rechtsgeschäft über ein wie oben qualificirtes Pfandrecht als über eine Mobilie geschlossen gilt, fällt die Verpfändung einer Immobilie in jedem Falle unter die Verträge über unbewegliche Sachen; vgl. Goldschmidt, I, S. 681, Not. 10c u. 11; s. auch unten S. 28 lit. c.

sehr streitig gewesen. Aus den oben angeführten Regeln des corpus juris lässt sich für dieselben mit Sicherheit nichts Bestimmtes entnehmen, indem sehr wohl geltend gemacht werden kann, dass die beiden leges beigefügten Zusätze: *ad rem recuperandam* resp. *habetur enim quod peti potest* eine Qualificirung der bez. actiones als dingliche Klagen (als petitiones) andeuten sollen, und dass daher das diesen Sätzen entnommene Princip auch nur auf dingliche Rechte Anwendung finden könne. Jedoch scheint es mir bei einer durchgehenden Scheidung eines Vermögens in seine beweglichen und seine unbeweglichen Bestandtheile nur einen geringen Unterschied für die Unmittelbarkeit der Beziehung einer Immobilie zu diesem Vermögen zu machen, ob auf dieselbe in dem fraglichen Vermögen sich ein dingliches oder nur ein persönliches Recht auf die Herausgabe derselben befindet, ob z. B. der betreffende Inhaber dieses Vermögens ein Grundstück einfach als sein Eigenthum in Anspruch nehmen kann, oder auf dasselbe nur einen Anspruch aus einem Kaufgeschäft hat; in beiden Fällen wird er es in gleicher Weise als schon halb und halb zu seinem (unbeweglichen) Vermögen gehörig betrachten.[34]) Es wird sich daher gemeinrechtlich die Qualificirung der Forderungsrechte wie die der dinglichen Rechte nach ihrem Gegenstande zu richten haben.[35])

[34]) Dass eine derartige Theilung des betr. Vermögens insofern ungerecht erscheinen kann, als in dem Moment der Theilung sich vielleicht der aus demselben Kaufgeschäft für das betr. Grundstück zu zahlende Kaufpreis noch bei dem beweglichen Vermögen befindet, während doch das als Aequivalent zu betrachtende Recht auf das Grundstück schon zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet wird, dies kann schon deshalb nicht zu einer andern Beurtheilung veranlassend sein, weil ja auch im umgekehrten Falle beim Verkauf eines Grundstücks aus dem betr. Vermögen das verkaufte Grundstück sich gegenwärtig noch bei dem unbeweglichen Vermögen befindet, während das Forderungsrecht auf den als Aequivalent dienenden Kaufpreis doch jedenfalls schon zu dem beweglichen Theil des Vermögens zu rechnen ist.

[35]) Dies ist auch jedenfalls die herrschende Ansicht; vgl. Windscheid, I, § 139, Anmerk. 5. Stobbe, I, S. 433, Nr. 5. Unger, I, S. 398,

In gleicher Weise wie die Rechte sind die aus ihnen hervorgehenden Ansprüche und die ihnen entsprechenden Verpflichtungen zu behandeln, sodass bei beiden immer der beanspruchte resp. geschuldete Gegenstand betr. ihrer Mobiliar- oder Immobiliarqualität ausschlaggebend ist.

Von den hier aufgestellten Grundsätzen machen jedoch nach gemeinem Recht alle diejenigen Rechte und Verpflichtungen eine Ausnahme, welche mit einem Grundstück als solchem activ verbunden sind. Es sind dies die Realrechte und die Reallasten.[36])

Diese sind nämlich als eine conditio fundi, als eine Eigenschaft des betr. Grundstücks aufzufassen und als solche wie das Grundstück selbst stets zu den Immobilien zu rechnen, wenn auch weder die Realrechte noch die Reallasten jemals als Gegenstand der Berechtigung resp. Verpflichtung ein immobile haben werden.[37]) Hieraus folgt dann sofort, dass das einer Reallast in ihrer Totalität entsprechende Recht, eben weil es die Reallast, also ein immobile zum Gegenstande hat, selbst als ein immobile zu betrachten ist, während andererseits das Recht auf die einzelne fällige Leistung, weil unmittelbar auf die einzelnen Mobilien (den fälligen Zehnten, Grundzins etc.) gerichtet, als

---

Not. 66 und 67. Wächter, II, S. 226, lit. c. Roth, II, § 110, Not. 11. Goldschmidt S. 680, Not. 9. — Vergl. jedoch Glück, Pand. II, § 174. Weiske, Rechtslexikon, B. IX, S. 477, lit. c. Arndts Lehrbuch § 50, Not. 4.

[36]) Wie z. B. die realen Apotheker-, Gastwirthschafts- und Buchhändler-Gerechtigkeiten (vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., XV, S. 44), die Grundrenten, Zehnten, Gülten etc. Sodann sind m. E. auch die auf einem Regal beruhenden und an eine bestimmte Stelle eines Flussbettes gebundenen Schiffsmühl- und Fährgerechtigkeiten und dgl. wegen ihrer engen Verknüpfung mit einem immobile hierher zu rechnen. — Die Nothwendigkeit einer derartigen Mühlgerechtigkeit zur Betreibung einer Schiffsmühle macht daher m. E. eine Veräusserung einer solchen (an sich beweglichen) Schiffsmühle mit der dazu gehörigen Gerechtigkeit zu einem Vertrage über eine unbewegliche Sache.

[37]) Vgl. Unger, I, § 55 I, S. 455. — In dieser Immobiliarqualität wird durch die Ablösbarkeit der Reallast nichts geändert; vgl. Meibom in Bekkers Jahrbuch, Bd. IV, S. 503, Not. 120.

ein mobile erscheint.[38]) Ebenso erscheinen Ablösungsrenten sowie die darüber ausgestellten Rentenbriefe als bewegliche Sachen.[39])

b. Die einzelnen Particulargesetze haben für die Rechte theilweise ganz andere Grundsätze aufgestellt. Meist enthalten sie die allgemeine Regel, dass Rechte zu den beweglichen Sachen zu rechnen seien. So besonders das Preussische Landrecht und das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch.

Nach Preussischem Recht sind unbeweglich nur die bei ihrer Ausübung an den Besitz eines Grundstücks gebundenen Rechte, wie Realrechte und Realservituten, sowie diejenigen Rechte, denen diese Eigenschaft ausdrücklich durch Gesetz beigelegt ist.[40]) Ausdrücklich ist dies heutzutage nur noch für das sog. Bergwerks-Eigenthum nach dem Berggesetz vom 28. Juni 1865, § 50 (G.-S. S. 716) geschehen.[41]) Es giebt zwar noch einige selbständige Gerechtigkeiten, welche nach preussischem Recht in gewissen Beziehungen gesetzlich den Immobilien gleichgestellt werden; so ist dies besonders bezüglich der Verhypothecirung bei einigen, an sich nicht realen Apotheker-Privilegien und Schiffsmühl-Gerechtigkeiten der Fall. Diese aber deshalb per analogiam allgemein als unbeweglich zu bezeichnen, verbietet die entgegenstehende Bestimmung des § 7 l. c.[42])

Das Oesterreichische Recht spricht sich in § 298 übereinstimmend mit dem Preussischen Landrecht aus: „Rechte werden den beweglichen Sachen beigezählt, wenn

[38]) Dieses Recht ist von den Realrechten zu unterscheiden. Einen allgemeinen technischen Namen für dasselbe giebt es nicht, vgl. Gerber, Deutsch. Privatr., Note zu § 169. Stobbe erwähnt es dagegen ohne weitere Beschränkung bei den Realrechten.

[39]) So bestritten auch sonst die Theorie über die Realrechte und die Reallasten ist, so herrscht doch über ihre Eigenschaft als unbewegliche Sachen kein Zweifel; vgl. Glück, Pand., II, § 174. Weiske, B. IX l. c. Stobbe, I, S. 432, f. Nr. 2 und 4. Goldschmidt l. c., Not. 6 und 8. Wächter, II, S. 225, lit. b. Gerber, § 169, Anm. 3.

[40]) Vgl. Pr. L.-R., I, 2, §§ 8 und 9.

[41]) Vgl. Förster, Pr. Priv.-R., § 21, S. 106.

[42]) Vgl. Dernburg, Pr. Priv.-R., I, § 68 a. E., S. 113.

sie nicht mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden oder durch die Landesverfassung für eine unbewegliche Sache erklärt sind."

Der code civil sagt in Art. 526: „*Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent: l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*", und stellt dem gegenüber den Artikel 529: „*Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers.*" Da diese Eintheilung nun bei weitem nicht erschöpfend ist, so können die in beiden Artikeln angeführten Rechte m. E. nur als Beispiele aufzufassen sein. Die anzuwendende Analogie wird sich aber gleichmässig für alle Rechte nach dem den beiden Artikeln augenscheinlich zu Grunde liegenden Princip zu richten haben: *les droits sont immeubles ou meubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*[43]) Es wird m. a. W. die oben für das gemeine Recht aufgestellte Eintheilung auch hier zur Anwendung kommen. Eine Ausnahme vom gemeinen Recht bildet jedoch der Artikel 529, Abs. 2, welcher *les rentes perpétuelles ou viagères* ohne Unterschied für beweglich erklärt.[44])

Im Badischen Landrecht ist dies ausdrücklich auf die ablöslichen Renten beschränkt, während hier andererseits in Artikel 526a ausdrücklich die Regel des gemeinen Rechts, Reallasten als Immobilien zu bezeichnen, ausgesprochen ist.[45])

---

[43]) Vgl. auch § 517: *les biens sont immeubles, ou par leur nature* (die Grundstücke etc.), *ou par leur destination* (die betr. Pertinenzen), *ou par l'objet auquel ils s'appliquent* (die sich auf ein Grundstück beziehenden Rechte!). — Anders freilich fassen die bez. Artikel auf Zachariae, a. a. O., § 171, und Renaud, a. a. O., S. 233 f. In Uebereinstimmung m. m. A. scheint aber Goldschmidt, S. 680, Not. 9, zu sein.

[44]) Die in Art. 529 Schlusssatz enthaltene Ausnahme vom gem. Recht trifft eine Regel desselben, die oben ausdrücklich als eine Ausnahme des in demselben herrschenden Princips bezeichnet ist; der betr. Artikel giebt also m. E. das bezeichnete Princip nur um so reiner wieder.

[45]) Bei der in Art. 526a, Abs. 2 genannten „verliegenschafteten Fahrniss" dürfte das derselben zu Grunde liegende Rechtsverhältniss wohl ebenfalls als eine Reallast der betr. Grundstücke zu betrachten sein.

Das Sächsische Civilgesetzbuch befolgt in § 60 genau die nach der richtigen Ansicht auch im gemeinen Recht geltenden Regeln — allerdings nur für den Fall einer nach der Unterscheidung in bewegliches und unbewegliches Vermögen zu bewirkenden Sonderung; aber da, wie schon oben erwähnt, Rechte von Natur weder beweglich noch unbeweglich sind, so muss die hier gegebene Eintheilung m. E. für das sächsische Recht in allen Fällen gelten, wo eine derartige Qualificirung der Rechte in Betracht kommt. — Ausserdem bezeichnet das genannte Gesetzbuch in § 59 noch für unbeweglich alle diejenigen Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuch erhalten haben, was besonders auf die nicht realen Gewerbsberechtigungen zu beziehen ist.[46])

c. Besonders ist endlich noch hervorzuheben, dass particularrechtlich wie gemeinrechtlich vielfach abweichend von den sonstigen Regeln gewisse Rechte, welche theils obligatorischer, theils dinglicher Natur sind, die sog. Mitgliedschaften, in Folge ihrer Verkörperung als Actien immer in die Kategorie der Mobilien zu zählen sind, selbst wenn das Vermögen der betr. Actiengesellschaft theilweise auch in Immobilien bestehen sollte.[47]) Für das Oesterreichische und das Preussische Recht folgt dies schon aus der allgemeinen Behandlung der Rechte als bewegliche Sachen; wie dergleichen Werthpapiere im Preussischen Landrecht überhaupt als körperliche Sachen und nicht blos als Beweisurkunden über Geldforderungen aufgefasst zu sein scheinen.[48]) Das französische Recht dagegen hat diese, von seinem sonstigen Princip abweichende Bestimmung ausgesprochen in Artikel 529, Satz 2, und zwar mit dem ausdrücklichen Zusatz: *„encore que des immeubles dépendans de ces entreprises appartiennent aux compagnies,“* der wohl

[46]) Vgl. Siebenhaar, Commentar zu § 60.

[47]) Vgl. Goldschmidt, § 59, Not. 10. Stobbe a. a. O., I, S. 432, Not. 26. — Dasselbe gilt bei der Verknüpfung eines dinglichen Rechts an einem immobile mit einer als Werthpapier zu betrachtenden Urkunde; auch eine derartige Urkunde ist eine bewegliche Sache.

[48]) Vgl. Pr. L.-R., I, 2, § 12, und Koch ibidem Not. 13.

geeignet ist, die ganze Bestimmung als eine ausdrückliche Ausnahme von dem oben bez. Princip gelten zu lassen.

Analog den Actien sind auch meist die Kuxe als bewegliche Sachen zu bezeichnen. Während diese nämlich nach dem älteren Recht allgemein als Immobilien galten,[49]) sind dieselben durch die neueren Particulargesetze allgemein als Mobilien erklärt worden.[50]) Nach dem Preussischen Recht ist daneben für die älteren Gewerkschaften noch die Immobiliarqualität der Kuxe bestehen geblieben.[51])

Capitel III.

§ 6. Der Ausschluss der in vorstehendem als unbeweglich bezeichneten Sachen und Rechte vom Gebiet des Handelsrechts ist nun, wie schon erwähnt, in Artikel 275 des Handelsgesetzbuchs dahin ausgedrückt: dass „Verträge über unbewegliche Sachen" keine Handelsgeschäfte sein sollen. Während diese Ausdrucksweise auf den ersten Blick als eine möglichst knappe und deutliche erscheinen könnte, so ist der Ausdruck „Verträge über unbewegliche Sachen" doch ein äusserst unbestimmter und hat daher schon zu vielen Meinungsverschiedenheiten Veranlassung gegeben. Derselbe ist nämlich durchaus kein technisch-juristischer und bedarf nothwendig einer genaueren Interpretation. Bei dieser ist jedenfalls, so weit es der allgemeine Sprachgebrauch erlaubt, auf den augenscheinlich vom Gesetzgeber den betr. Worten gegebenen Sinn einigermassen Rücksicht zu nehmen. Gerade über diesen Ausdruck ist man nämlich bei der Abfassung des Artikels lange schwankend gewesen, und es dürfte aus den hierbei gepflogenen Berathungen wenigstens ersichtlich sein, in welchem

[49]) Vgl. Stobbe, I, § 59, S. 397 a. E. und Not. 8.

[50]) Vgl. Preuss. Berggesetz vom 24. Juni 1865, § 101. Bayer. Berggesetz vom 20. März 1869, Art. 91, Abs. 2. [Oesterr. Gesetz, § 140. Sächs. Gesetz von 1851, § 15, und von 1868, § 13. Franz. Gesetz vom 21. April 1810, Art. 8.] Vgl. Stobbe, § 59, Not. 25, und Goldschmidt, § 59, Not. 22.

[51]) Vgl. Preuss. Berggesetz, § 228.

Sinne diejenigen, welche unseren Artikel in seiner schliesslichen Fassung hingestellt haben, den bezeichneten Ausdruck verstanden wissen wollten. Es wird daher nothwendig, die Entstehungsgeschichte unseres Artikels näher ins Auge zu fassen.[52])

Wie das ganze Handelsgesetzbuch aus dem „Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten" hervorgegangen ist, indem dieser den Berathungen desselben in Nürnberg zu Grunde gelegt wurde, so haben wir dort auch den Ursprung unseres Artikels zu suchen. Wir finden dort im vierten Absatz des Artikels 211 wörtlich den Satz:

„Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte."

In den Motiven hierzu sind einmal als Verträge über Immobilien „Veräusserungen, Parcellirungen und Verpfändungen" genannt; sodann heisst es dort, die desfallsige Bestimmung beziehe sich auf alle Verträge, deren unmittelbarer Gegenstand Immobilien sind, namentlich auch auf das Miethen von Lager- und Ladenräumen, sowie auf den Ankauf eines Etablissements zum Fabrik- oder sonstigen Handelsbetriebe.[53])

Mit der bez. Fassung unseres Artikels fand man sich aber anfangs nicht einverstanden. Besonders machte man geltend, dass die für den Ausschluss der Immobilien vom Handelsgebiet massgebenden Gründe nicht auf Miethverträge von solchen passten: „Es sei zwar in gewissen Staaten nicht hergebracht, die Miethe von Comptoirs als Handelsgeschäfte anzusehen, dagegen sei dies rücksichtlich der Lagerräume

[52]) Die entsprechende Begründung unseres Artikels aus den Motiven zum preussischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, sowie die Berathungen über denselben in den weiteren Lesungen, soweit dieselben aus den Protokollen der Nürnberger Conferenzen hervorgehen, finden sich ziemlich wörtlich zusammengestellt in dem gen. Aufsatz von Rebling in Busch' Archiv, N. F. VI, S. 228 ff. Es dürfte daher hier genügen, nur das wichtigste davon zu erwähnen.

[53]) Vgl. preuss. Entwurf, II, S. 103.

allgemein der Fall. Dass man die Miethe von Handlungslocalitäten nach Handelsrecht beurtheile, entspreche einem sehr dringenden Bedürfnisse. Namentlich an grösseren Messplätzen seien diese Miethen für den Handel von der grössten Wichtigkeit. Wenn es über deren Räumung etc. Streitigkeiten gebe', so sei daher ein möglichst beschleunigtes Processverfahren dringend erwünscht. Endlich seien die in den einzelnen Orten für derartige Miethsverträge allenthalben geltenden Handelsgebräuche von den bei ähnlichen Verträgen im bürgerlichen Verkehr zur Geltung kommenden Bestimmungen meist wesentlich verschieden." Es wurde daher in der ersten Lesung statt des obigen Wortlauts folgende engere Fassung des Artikels gewählt:

> „Verträge über die Veräusserung oder Verpfändung unbeweglicher Sachen, ingleichen Verträge über die Bestellung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen sind keine Handelsgeschäfte."

Aber schon in der zweiten Lesung wurde diese Fassung wieder umgestossen. Gegen die angeführten Gründe wurde eingewendet: „Das Hauptinteresse des Handels, welches rücksichtlich der Miethe von Lagerräumen u. s. w. zu wahren sei, bestehe darin, dass die Streitigkeiten über dieselbe in einem schnelleren Verfahren erledigt wurden. Diesem Interesse sei theils z. B. in Oesterreich durch mehrere das betr. gerichtliche Verfahren wesentlich beschleunigende Bestimmungen bereits Rechnung getragen,[54]) theils könne demselben schon dadurch Genüge geschehen, dass solche Miethsverträge, bei welchen dieses Interesse hauptsächlich hervortrete, namentlich bei Miethen der Messlocalitäten der Competenz der Handelsgerichte überwiesen und nach dem, bei diesen bestehenden Processrechte beurtheilt würden.[55]) Die angeführten Usancen könnten an und für sich nicht

[54]) Seit dem Inkrafttreten der neuen Reichsjustizgesetze hat das betr. Argument für Deutschland wohl überhaupt alle Wirksamkeit verloren, insofern nämlich durch das Verweisen der aus Miethscontracten entstehenden Streitigkeiten zur Zuständigkeit des Amtsgerichts die schnellste Erledigung derselben ermöglicht ist. — G.-V.-G. § 23.

[55]) Dies war ursprünglich in Sachsen der Fall gewesen.

einmal ein Bedürfniss für die Verweisung ähnlicher Miethsverträge an die Handelsgerichte begründen; denn dergleichen Gebräuche müssten auch von den gewöhnlichen bürgerlichen Gerichten beachtet werden.[56]) Die Bestimmung, dass die mehr erwähnten Miethsverträge nach Handelsrecht zu beurtheilen seien, werde zu grossen Verwirrungen führen. Die Vermiethung einer und derselben Localität müsse, wenn die entgegengesetzte Ansicht als richtig anzusehen, bald nach Civilrecht, bald nach Handelsrecht beurtheilt werden,[57]) je nachdem sie von einem Privatmanne oder von einem Kaufmanne zur Einrichtung eines Comptoirs, eines Waarenlagers etc. eingegangen würde." Aus diesen und ähnlichen Gründen beschloss man, die neue Fassung des Artikels wieder fallen zu lassen und zu der ursprünglichen zurückzukehren, sowie auch ein beschränkender Zusatz zu demselben in Betreff der Handelslocalitäten abgelehnt wurde. — Bei dem so wieder aufgenommenen Ausdruck: „Verträge über unbewegliche Sachen" blieb es denn auch in der dritten Lesung, nachdem hier noch einige Anträge auf unwesentliche Modificationen des Wortlauts abgelehnt worden waren.

Sowohl bei der Annahme des Handelsgesetzbuchs als Particulargesetz in den einzelnen deutschen Staaten, als auch bei der Erklärung desselben zum Bundes- resp. Reichsgesetz durch Gesetz vom 5. Juni 1869, durch den Uebergangsartikel 79, I, Z. 15 der Verfassung des deutschen

---

[56]) Doch aber immer nur in sehr beschränktem Maasse; während dieselben nach Handelsrecht (Handelsgesetzbuch Art. 1) dem bürgerlichen Recht ausdrücklich vorgehen.

[57]) Dieses Argument scheint mir durchaus nicht stichhaltig: Einmal sind bei weitem die meisten hier in Betracht kommenden Räumlichkeiten ihrer ganzen Beschaffenheit und Einrichtung nach eben nur für den kaufmännischen Verkehr geeignet, sodann findet eine derartige Concurrenz des Civil- und des Handelsrechts ja auch bei allen beweglichen Sachen statt, z. B. auch bei dem Miethen grosser Maschinen u. dgl., und es scheint hieraus doch ebensowenig eine Verwirrung zu entstehen, wie sich diese nicht auch bei dem Miethen von unbeweglichen Sachen vermeiden lassen würde.

Bundes und durch das Gesetz vom 22. April 1871, § 2, I, Z. 8, hat keine weitere Debatte über die einzelnen Artikel desselben stattgefunden. Es sind daher die dem ersten Entwurf beigegebenen, sowie bei den obigen Lesungen abgegebenen Motivirungen gleichsam als die Motive unseres heutigen deutschen Handelsgesetzbuchs zu betrachten. Als solche sind die hier entwickelten Ansichten, also auch die bezeichnete Auslegung unseres Artikels 275 nun freilich nicht so unbedingt massgebend, dass dieselben etwa als eine Legal-Interpretation zu betrachten wären; wohl aber sind sie es m. E. soweit, als sie nicht mit der Ausdrucksweise der gesetzlichen Bestimmung selbst, sowie mit den sonstigen handelsrechtlichen Bestimmungen in Widerspruch stehen.

Allgemein anerkannt ist es daher, dass sich der bezeichnete Artikel einerseits nicht nur auf Verträge, d. s. zweiseitige Rechtsgeschäfte, sondern auch auf einseitige, z. B. die Ratihabition oder die Offerte, andererseits aber wiederum nur auf solche Rechtsgeschäfte bezieht, deren unmittelbarer Gegenstand Immobilien sind. Es können dies letztere die Immobilien aber in dreierlei Weise sein:

1) ohne Rücksicht auf eine in Folge des Vertrages vorzunehmende Aenderung der Substanz derselben,

2) als erst zukünftig herzustellende unbewegliche Sachen,

3) als nur noch gegenwärtig unbewegliche, künftig aber bewegliche Sachen.

Welche Verträge unter diese drei Klassen im einzelnen fallen, soll im folgenden näher dargelegt werden.

§ 7. Zu den Verträgen, welche eine unbewegliche Sache als solche, d. i. ohne Rücksicht auf eine weiter vorzunehmende Veränderung ihrer Substanz zum unmittelbaren Gegenstande haben, gehören alle Veräusserungen von unbeweglichen Sachen oder von Theilen derselben im weitesten Sinne, mögen sich dieselben auf die Uebertragung des Eigenthums oder auf die Ueberlassung der Nutzung an denselben beziehen oder auch

nur die Einräumung eines sonstigen dinglichen oder persönlichen Rechts an denselben enthalten.

a. Durch Artikel 275 betroffen werden daher: alle Güter- und Häuserkauf- und Tauschgeschäfte, jede Einräumung einer Real- oder Personalservitut, jede Constituirung eines Realrechts oder einer Reallast oder sonst eines das Eigenthum oder die Nutzniessung an einer Liegenschaft einschränkenden Rechts, daher auch Verpachtungen, Vermiethungen und Verpfändungen von Immobilien.

b. Was die Vermiethung oder Verpachtung von Liegenschaften anbetrifft, so haben sich hier allerdings abweichende Meinungen gezeigt,[58]) so dass es vielfach der Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe bedurft hat, um dieselben zurückzuweisen.[59]) Besonders war man häufig geneigt, die Vermiethungen von Fabrik-, Lager- und Ladenräumen, Magazinen, Speichern, Mess- und Markthallen u. dgl. wegen ihres durchaus gewerblichen Charakters unter die Handelsgeschäfte zu rechnen. Im Hinblick auf die oben angegebene Entstehungsgeschichte unseres Artikels dürfte es aber doch als unzweifelhaft erscheinen, dass derartige Verträge ebenfalls nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, wie dies heutzutage auch allgemein anerkannt wird.[60]) Dabei ist es gleichgiltig, ob die Vermiethung vom Eigenthümer selbst ausgeht oder als Aftervermiethung erscheint; in beiden Fällen bildet nämlich ganz gleichmässig die betr. Immobilie behufs ihrer Benutzung den unmittelbaren Gegenstand des Vertrages. — Nicht zu verwechseln mit der Miethe derartiger Räume sind übrigens Verträge mit Besitzern solcher Räume über Aufbewahrung von Waaren in denselben, obgleich factisch ein derartiges Geschäft der Miethe

---

[58]) Vgl. Kräwels Commentar zu Art. 275, Anm. 1.

[59]) Vgl. Striethorst, Archiv, B. 56, S. 355. Busch, Archiv, B. IV, S. 172, IX, S. 144. Goldschmidts Zeitschrift, XI, S. 120, XX, S. 594. Entscheid des R.-O.-H.-G., XXII, S. 329 f.

[60]) Vgl. Goldschmidt, I, S. 682, Not. 13. Hahn, II, S. 44, Not. 3. Anschütz u. Völderndorff, III, S. 55, Not. 6. Keissner, Anmerk. 4 zu Art. 275.

des Raumes selbst sehr ähnlich sein kann.[61]) Diese Verträge können sehr wohl (nach Art. 273, Abs. 1) als Handelsgeschäfte erscheinen.[62])

Schwierig kann sich jedoch die Frage bei den von Seiten der Gastwirthe[63]) vorgenommenen Vermiethungen von Zimmern, Salons u. dgl. gestalten, indem diese meist mit offenbar handelsgeschäftlichen Verkäufen von Speisen und Getränken in nächster Verbindung stehen, oft sogar derartig mit diesen in ein und demselben Vertrage abgemacht werden, dass man eine Theilung dieses einheitlichen Geschäftes nicht recht vornehmen kann; so besonders bei den sog. Pensionen, wie sie vorzüglich in Bädern und Sommeraufenthalten häufig vorkommen. Die Grundsätze, welche hier zur Anwendung zu bringen sind, werden unter lit. d näher entwickelt werden.

c. Während die Verpfändung eines Grundstücks, wie schon in den Motiven hervorgehoben, an sich durch Art. 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen wird,[64]) so ist hiervon das Ausleihen eines Kapitals auf Hypothek zu unterscheiden. Bei diesem Vertrage kommt nämlich unmittelbar nur das auszuleihende Kapital in Betracht; der Vertrag ist also unmittelbar nur über eine bewegliche Sache abgeschlossen. Der diesem beigefügte Vertrag, dass das Darlehn hypothekarisch eingetragen werde, kann nun aber, da der ganze Vertrag als ein zusammenhängendes Ganzes aufzufassen ist, nicht nach anderem Recht beurtheilt werden, als der Darlehnsvertrag.[65]) Er ist gleichsam nur als ein

---

[61]) Auch die analogen Rechtsverhältnisse des Seerechts, Chartepartie und Stückgüterfracht, sind durchaus verschieden zu beurtheilen!

[62]) Vgl. Goldschmidt, I, S. 664, § 57, Not. 31.

[63]) Die Gastwirthe sind sog. Minderkaufleute nach Art. 10 d. H.-G.-B.; vgl. Goldschmidt, I, § 46, Not. 37.

[64]) Vgl. Goldschmidt, S. 681, Not. 10c a. E. Thöl, S. 131.

[65]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., I, S. 216 ff.; V, S. 110; VII, S. 226. Busch, Archiv, II, S. 179; IX, S. 323; N. F., VI, S. 240. Goldschmidt, I, S. 681, Not. 10c; v. Hahn, II, S. 44, § 1. Anschütz u. Völderndorff, III, S. 56. Endemann, Handbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts, § 17, Anm. 19.

accessorium dieses Vertrages aufzufassen, wie die durch ihn begründete Obligation auch nur ein accessorium des Darlehns ist.[66])

d. Wie dies schon als eine Ausnahme des oben bezeichneten Princips zu betrachten ist, so kann eine solche auch noch bei einer anderen Klasse von Verträgen eintreten, und zwar aus einem ähnlichen Grunde, wie dem bei dem Ausleihen auf Hypothek massgebenden. Bei der Uebernahme eines Handlungs-Etablissements, eines bestehenden kaufmännischen Geschäfts, einer im Betriebe befindlichen Fabrik oder dergleichen liegt die Sache nämlich meist so, dass Mobilien und Immobilien ununterschieden zusammen veräussert werden. Durch ein und denselben Vertrag gehen die Grundstücke, der Laden, das Fabrikgebäude ebenso wie die vorhandenen Waarenvorräthe, die Maschinen, Geräthschaften, sowie auch wohl die ausstehenden Forderungen, die noch zu tilgenden Verpflichtungen, meist auch die Firma und die Schutzmarken von dem bisherigen Inhaber auf den Erwerber des betr. Geschäfts über. Ist dies nun als ein Vertrag über Mobilien oder über Immobilien zu bezeichnen?

Wir finden hierüber sehr verschiedene Meinungen vertreten. Einige wollen den einheitlich geschlossenen Vertrag zerlegen.[67]) So weit er daher Mobilien betrifft, wird er regelmässig als ein Handelsgeschäft erscheinen und daher insoweit nach Handelsrecht zu beurtheilen sein; insoweit er dagegen über Immobilien geschlossen ist, wird er durch Art. 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen und ist daher nach Civilrecht zu beurtheilen. Hierbei ergeben sich aber mannigfache Schwierigkeiten. Einmal müsste der betr. Vertrag den Formvorschriften beider Rechtsgebiete genügen, und sobald nach dem einen oder andern Rechte auch nur ein Theil desselben unverbindlich abgeschlossen ist, wäre

[66]) Inwiefern die einmal bestellte Hypothek als bewegliche Sache zu betrachten ist, siehe oben Anm. 23. — Sodann vgl. noch Entsch. des R.-O.-H.-G., II, S. 44; III, S. 434. Calm, Wochenschrift, I, S. 295.

[67]) Vgl. Busch, Archiv, IV, S. 175, und N. F. VI, S. 241.

der ganze Vertrag hinfällig. Sodann dürfte es doch meist kaum durchführbar sein, zu ermessen, wie weit ein einheitlich gezahlter Kaufpreis als Gegenleistung für die Mobilien oder die Immobilien zu betrachten ist. Man denke ferner an den nach den in Frage stehenden Rechtsgebieten theilweise so verschieden eintretenden Zeitpunkt des Eigenthums- und Gefahrüberganges, an die verschiedenen Grundsätze bei einer etwa in Frage kommenden laesio enormis etc.

Andere lassen daher eine derartige Zerlegung des betr. Vertrages nur zu, wo der von den Contrahenten bei der Vertragsabschliessung an den Tag gelegte Wille resp. die Art der Berechnung der Gegenleistung den ganzen Vertrag nur als eine Zusammenfassung mehrerer einzelner Verträge erscheinen lässt;[68]) im übrigen behandeln sie aber einen derartigen Vertrag je nach dem concreten Thatbestand entweder durchweg oder gar nicht als Handelsgeschäft. Als ausschlaggebend hierbei bezeichnen sie es dann entweder, ob die Immobilien oder die Mobilien den wichtigeren Theil des Vertrages bilden,[69]) oder sie erklären derartige Verträge allgemein für Handelsgeschäfte, sofern die Immobilien nur nicht „vorwiegend oder ausschliesslich" den Gegenstand des betr. Vertrages ausmachen.[70])

Die Motive zum preussischen Entwurf des H.-G.-B. bezeichnen den Ankauf eines Etablissements zum Fabrik- oder Handelsbetriebe ohne weitere Beschränkung für einen Vertrag über unbewegliche Sachen.[71]) Sehen wir uns dagegen um, ob irgend eine gesetzliche Bestimmung einen Anhalt zur Beurtheilung dieser Frage enthält, so finden wir, wie schon in einigen der ehemaligen Particular-Einführungsgesetze zum Handelsgesetzbuch,[72]) so jetzt im Deutschen

---

[68]) Vgl. Thöl a. a. O. Nr. 5.

[69]) So Thöl.

[70]) Vgl. Goldschmidt, S. 667 f., § 57, Not. 40 und 42; § 59, Not. 15.

[71]) Vgl. Preuss. Entwurf, II, 103 und oben S. 23.

[72]) Vgl. Preuss. Einf.-Ges. vom 24. Juni 1861, Art. 2, Nr. 1 und 4. Bayersch. Einf.-Ges. vom Februar 1862, Artikel 63, Nr. 1 und 3. Gesetz, betr. den obersten Gerichtshof für Handelssachen vom 12. Juni 1869, § 13, Not. 1 und 3c.

Gerichtsverfassungsgesetz[73]) bei der Definition der Handelssachen „das Rechtsverhältniss, welches durch die Veräusserung eines bestehenden Handelsgeschäfts zwischen den Contrahenten entsteht", ausdrücklich der durch ein beiderseitiges Handelsgeschäft entstehenden Obligation gegenübergestellt. Betrachtet man nun ein derartiges Rechtsverhältniss überhaupt als Handelsgeschäft, so ist es auch regelmässig ein zweiseitiges, indem der Veräusserer jedenfalls schon vorher als Kaufmann anzusehen war, der Erwerber aber gerade durch diesen Erwerb des betr. Geschäftes regelmässig zum Kaufmann wird[74]) und das Geschäft von beiden Seiten im Betriebe ihres Handelsgewerbes abgeschlossen wird. — Aus der bez. Gegenüberstellung folgt daher jedenfalls soviel, dass nicht jeder derartige Veräusserungsvertrag als Handelsgeschäft anzusehen ist. Auch der Umstand, dass durch die ausdrückliche Erwähnung des bez. Rechtsverhältnisses demselben augenscheinlich für jeden Fall der Charakter einer Handelssache hat gewahrt werden sollen[75]) und so alle hieraus entspringenden Klagen vor dem handelsrechtlichen Forum abzuurtheilen sind, enthält noch kein zwingendes Argument deshalb auch die bez. Veräusserungs-Gegeschäfte möglichst allgemein als Handelsgeschäfte zu bezeichnen, um sie so auch der Beurtheilung nach den handelsrechtlichen Normen theilhaftig werden zu lassen. — Ein derartiger Fall wird vielmehr mit besonderer Rücksichtnahme auf die unserem Artikel offenbar zu Grunde liegende Absicht, wie wir sie oben aus der Entstehungsgeschichte desselben entwickelt haben, zu beurtheilen sein. Im Sinne des Art. 275 ist aber m. E. ein derartiger Veräusserungsvertrag nur dann zu den Handelsgeschäften zu rechnen, wenn derselbe in durchaus überwiegendem Masse solche Gegenstände betrifft, welche nach dem Handelsgesetz-

[73]) Gerichtsverfassungsgesetz, § 101, Nr. 1 und 3d.

[74]) Insofern nämlich der Erwerb der in dem Geschäft enthaltenen Mobilien als Speculations-Anschaffung und diese wiederum im Hinblick auf den erst beginnenden Handelsbetrieb als gewerbemässig anzusehen sein wird.

[75]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., XV, S. 101.

buch die Objecte eines Handelsgeschäftes sein können,[76]) wo also die Uebereignung der Immobilien augenscheinlich bei dem ganzen Geschäft ebenso sehr für den betr. Gewerbebetrieb wie in thatsächlicher Beziehung von untergeordneter Bedeutung ist. So wenig nämlich ein zu einem Gewerbebetriebe ausschliesslich bestimmtes Fabrikgebäude nach Handelsrecht veräussert oder auch nur vermiethet werden kann, ebensowenig ist anzunehmen, dass die Veräusserung eines Gewerbebetriebes, dessen Schwerpunkt in den zu dem betr. Geschäft gehörigen Grundstücken liegt, zu den Handelsgeschäften zu rechnen sei. Sind dagegen die betreffenden Immobilien mit der Handlung nur zufällig oder wenigstens nicht als wesentlich dazu gehörig verbunden, so liegt noch weniger Veranlassung vor, ihre Veräusserung nach Handelsrecht für geboten zu erachten.

Zu den zuletzt genannten Rechtsgeschäften gehören auch die Fusionsgeschäfte, d. s. solche, welche die Umbildung einer bestehenden Gesellschaft in eine neue, erst zu errichtende, resp. ihre Verschmelzung mit einer schon bestehenden bewirken.[77]) In beiden Fällen bestehen dieselben nämlich in der Auflösung der früheren Gesellschaft und in der käuflichen Erwerbung des Vermögens dieser durch eine andere Gesellschaft.[78])

Endlich können unter den bei einem derartigen Rechtsgeschäft mitveräusserten Immobilien auch unbewegliche Rechte, z. B. ein reales Apothekerprivileg oder eine sonstige, als unbeweglich geltende selbständige Gerechtigkeit sich befinden. Diese werden bei dem betr. Vertrage jedenfalls auch als Immobilien in Betracht kommen, und es würde ein derartiger gemischter Vertrag, bei dem augenscheinlich die Veräusserung einer Gerechtigkeit der bezeichneten Art

---

[76]) Vgl. Goldschmidts Zeitschrift, S. 596 und 608 unten; Entsch. des R.-O.-H.-G., XX, S. 200; XV, S. 102; XVI, S. 308 ff. Anders freilich Entsch. XXIII, S. 132, Note; XI, S. 150.

[77]) Vgl. Goldschmidt, § 57, Not. 43. Dessen Zeitschrift, S. 618 ff. — Nach dem im vorstehenden entwickelten Princip sind auch die sub lit. b erwähnten Pensionsverträge der Gastwirthe zu beurtheilen.

[78]) Vgl. Renaud, d. Recht der Actiengesellschaften, § 78, S. 721 ff.

den wesentlichsten Bestandtheil des ganzen Rechtsgeschäftes bildet, trotz seines „entschieden gewerblichen Charakters“ in die Reihe der Verträge über unbewegliche Sachen fallen.[79])

e. Hier ist sodann noch zu erwähnen, dass vielfach auch die Versicherung eines Grundstücks als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache im Sinne des Art. 275 bezeichnet worden ist. Für die Versicherung gegen Prämie erscheint dies schon insofern sehr zweifelhaft, als diese in Art. 271, Ziff. 3. ausnahmslos also auch als Immobiliar-Versicherung als Handelsgeschäft bezeichnet ist, ein Umstand, der um so gewichtiger wird durch den Gegensatz zu den allen andern Ziffern dieses Artikels ausdrücklich beigefügten Beschränkungen der dort qualificirten Handelsgeschäfte auf bewegliche Sachen. Die Versicherung eines Grundstücks ist aber überhaupt nur scheinbar ein Vertrag über eine Immobilie. Zu ihrem unmittelbaren Gegenstande hat dieselbe nämlich vielmehr die Sicherung gegen die vermögensrechtlichen Folgen einer bestimmten Gefahr, der dies Grundstück ausgesetzt ist. Beide Contrahenten verpflichten sich durch den betr. Versicherungsvertrag zu Geldleistungen, deren Höhe allerdings nach dem das Grundstück möglicherweise treffenden Schaden bemessen werden soll; es wird aber durch diesen Vertrag keinem der Contrahenten irgend welches dingliche oder persönliche Recht an dem Grundstücke selbst oder auf dessen Benutzung eingeräumt. Der Versicherungsvertrag wird daher im allgemeinen nicht durch Art. 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen.[80])

In Folge dessen ist nicht nur die Versicherung einer Immobilie gegen Prämie in jedem Falle (also absolutes) Handelsgeschäft, sondern dieselbe kann auch auf Gegen-

[79]) Vgl. dagegen Busch, Archiv, IV, S. 193 und N. F. S. 239.

[80]) Vgl. Goldschmidt, § 59, S. 680 f. Not. 30 und 31. Anschütz und Völderndorff a. a. O., S. 56. v. Hahn, Comm., II, S. 46. Busch, Archiv, IV, S. 194; N. F. VI, S. 239, Nr. 13. Entsch. des R.-O.-H.-G., V, S. 12 ff., IV, S. 201. Goldschmidt, Zeitsch., XV, S. 617 ff., XX, S. 580. — Dagegen vgl. Thöl a. a. O., Ziff. 1, S. 131. Auerbach a. a. O., I, S. 248. Busch, Archiv, II, S. 350 ff.

seitigkeit geschlossen als Handelsgeschäft erscheinen, nämlich dann, wenn dieselbe von Kaufleuten im Interesse ihres Handelsbetriebes vorgenommen wird.[81])

f. Einer der streitigsten Punkte unseres Themas ist die Anwendung des Artikels 275 auf die Vermittlungsgeschäfte.[82]) Ist also z. B das Vermittlungsgeschäft in Beziehung auf einen Hausverkauf oder eine Gutsverpachtung als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache im Sinne dieses Artikels anzusehen?

Unter Vermittlungsgeschäft hat man das auf die Vermittlung eines andern Rechtsgeschäftes, d. i. auf die Vorbereitung oder Herbeiführung eines entsprechenden Vertragsabschlusses gerichtete Geschäft zu verstehen.[83]) Geschlossen wird dasselbe zwischen dem Vermittler und dem einen oder je einem der beiden Contrahenten des zu vermittelnden Geschäftes. Es stellt sich als die Uebernahme resp. Abgabe eines Auftrages dar und kann daher je nach dem concreten Falle entweder als Mandatsvertrag oder als Dienstmiethe erscheinen.

Den Gegenstand dieses Geschäftes bildet die Vermittlung des bez. Hauptgeschäftes. Dieses Hauptgeschäft ist nun allerdings ein Vertrag über eine unbewegliche Sache und deshalb kein Handelsgeschäft. Das Vermittlungsgeschäft hat dagegen auf der einen Seite die zur Vereinbarung des Hauptgeschäftes erforderlichen Vermittlungsbemühungen, also eine Handlung, und auf der andern Seite die betr. Provision zum unmittelbaren Gegenstand; es kann daher m. E. der Art. 275 auf dasselbe keine Anwendung finden.

---

[81]) Vgl. Senff, Archiv, XXVI, Nr. 257.

[82]) Während Goldschmidt, I, § 55, Not. 28, und Thöl, § 35, Ziff. 4, sowie einzelne oberstrichterliche Erkenntnisse, z. B. Preuss. Obertrib., B. 70, S. 273, dem bez. Rechtsgeschäft die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts für jeden Fall absprechen, so hat sich das R.-O.-H.-G. (Entsch. X, 428 f. XVI, 1—3), sowie neuerdings das Reichsgericht (Entsch. I, Nr. 94, S. 258) in ausdrücklichem Hinblick auf Goldschmidt etc. der gegentheiligen Meinung angeschlossen.

[83]) Vgl. Goldschmidt, I, S. 628 ff.

Ob aber ein derartig qualificirtes Vermittlungsgeschäft überhaupt ein Handelsgeschäft sein kann, dies ist eine weitere Frage. So viel ist jedenfalls ersichtlich, dass es weder unter die in Art. 271 noch die in Art. 272 aufgezählten Rechtsgeschäfte zu rechnen ist, dass es also weder als Grund- noch als Nebenhandelsgeschäft erscheinen kann. Daher kann der gewerbemässige Betrieb desselben niemals nach Art. 4 des H.-G.-B. zum Kaufmann machen und es ist der von Goldschmidt u. Thöl[84]) vertretenen Meinung darin vollkommen beizutreten, dass Güteragenten, Häusermakler und dergl. nicht als Kaufleute aufzufassen sind.[85])

Wie verhält es sich aber, wenn das gen. Geschäft von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen wird, wenn also z. B. eine Actiengesellschaft für Bauunternehmungen[86]) einen Hausverkauf oder einen sonstigen derartigen Vertrag durch einen Vermittler, einen Agenten oder dergl. abschliessen lässt? Unzweifelhaft ist doch das dabei zur Anwendung kommende Vermittlungsgeschäft auf Grund des Art. 273 Abs. 1 von Seiten der Actiengesellschaft als ein Handelsgeschäft zu betrachten. — Dagegen erscheint es mir durchaus nicht geboten, wie es Goldschmidt thut, daraus, dass in Art. 272 Ziff. 4 ausdrücklich nur „die Vermittlung von Handelsgeschäften für andere Personen" als relatives Handelsgeschäft bezeichnet ist, hieraus den Schluss zu ziehen, dass damit die Vermittlung eines Nichthandelsgeschäftes ipso jure aus der Reihe der Handelsgeschäfte ausgeschlossen sei. Die Gründe, welche vielmehr das Gegentheil anzunehmen berechtigen, sind in der oben Anmerkung 82 citirten reichsgerichtlichen Ent-

[84]) Weshalb Thöl es als die Consequenz der durch das R.-O.-H.-G. vertretenen Ansicht bezeichnet, dass Häusermakler als Handelsmakler (vgl. H.-G.-B. Art. 66) zu betrachten sein würden, ist nicht ersichtlich, da der gewerbemässige Betrieb von Handels-Vermittlungs-Geschäften doch durchaus noch nicht zum Handelsmakler macht.

[85]) Vgl. Goldschmidt, S. 638 ff.

[86]) Vgl. Keyssner, die Actiengesellschaften, S. 68: „Der Geschäftsbetrieb der Actiengesellschaften ist aus dem H.-G.-B. überall ein Betrieb von Handelsgeschäften; ausgeschlossen bleiben lediglich die Verträge über unbewegliche Sachen."

scheidung sehr präcis ausgeführt. Weil nämlich die Vermittlung von Handelsgeschäften nur als relatives Handelsgeschäft in Art. 272 bezeichnet ist, so ist ersichtlich, dass die Qualification des Vermittlungsgeschäftes von der des Hauptgeschäftes vollkommen unabhängig ist, indem bei einem Fehlen der in Art. 272 Abs. 1 (die Gewerbemässigkeit) resp. im Schlusssatz desselben Artikels (Betrieb durch einen Kaufmann) angegebenen Voraussetzungen das Vermittlungsgeschäft immer nur ein gewöhnliches Civilgeschäft sein wird, selbst wenn es ein Handelsgeschäft betrifft. Gerade so gut ist daher auch anzunehmen, dass auch das umgekehrte der Fall sein kann, dass also auch die Vermittlung eines Nichthandelsgeschäftes bei Vorhandensein der nöthigen Voraussetzungen als Handelsgeschäft erscheinen kann.

§ 8. Eine weitere Gruppe von Verträgen, welche hier zu berücksichtigen sind, bilden diejenigen, welche die Herstellung von unbeweglichen Sachen betreffen.[87])

Wie weit die hier einschlägigen Rechtsgeschäfte als Verträge über unbewegliche Sachen zu betrachten sind, wird m. E. davon abhängen, inwiefern die allerdings noch nicht existirende, sondern erst herzustellende Immobilie „unmittelbar" Gegenstand des betr. Vertrages sein wird, in demselben Sinne, wie dies bei den bisher als Verträge über unbewegliche Sachen bezeichneten Rechtsgeschäften der Fall gewesen. Bei den betr. Geschäften kann es sich aber entweder um die Herstellung der betr. Immobilie selbst handeln oder nur um die Vorbereitung derselben.

---

[87]) Unter der Herstellung unbeweglicher Sachen ist hier ebensowohl die Errichtung wie auch die Be- oder Verarbeitung unbeweglicher Sachen zu verstehen. Die bei beiden zur Anwendung kommenden Verträge sind nämlich augenscheinlich ganz dieselben; ausserdem dürfte sich auch factisch unter den gen. Handlungen häufig kaum noch ein Unterschied finden lassen. Endlich fasst man vieles meist noch als Be- oder Verarbeitung einer Sache auf, was sich doch ebensogut als Errichtung wenigstens eines Theiles derselben bezeichnen liesse und umgekehrt.

Es gehören also unter die hier zu erwähnenden Geschäfte alle Verträge über den Bau eines Hauses oder einer Brücke, über die Anlegung eines Weges oder eines Eisenbahndammes, über die Regulirung eines Flusses oder die Entwässerung eines Terrains, sowie über die Grabung eines Brunnens, eines Canals oder eines Tunnels und dergl., sodann aber auch alle Anschaffungen der zu der Ausführung dieser Werke nöthigen Materialien.

a. Dass die letzteren, die Anschaffungen von Baumaterialien, niemals direct durch die Bestimmung des Art. 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen werden können, scheint mir ganz ersichtlich; denn das einer derartigen Anschaffung offenbar beweglicher Sachen zu Grunde liegende Motiv, diese Gegenstände später bei der Errichtung eines Immobile zu benützen oder auch wohl selbst in ein solches zu verwandeln, kann doch unmöglich den über die Anschaffung gepflogenen Vertrag zu einem Vertrag über unbewegliche Sachen machen.[88])

Die spätere Umwandlung solcher Materialien in unbewegliche Sachen ist jedoch in anderer Beziehung sehr von Bedeutung. Wenn nämlich derartige Anschaffungen in der ausgesprochenen Absicht geschehen sind, die bez. Gegenstände zur Herstellung eines Immobile zu benützen, so können dieselben zu keiner der in den Art. 271 und 272 bezeichneten Kategorien von Grundhandelsgeschäften gehören und daher auch nicht durch den gewerbemässigen Betrieb solcher in der bez. Absicht vorgenommenen Verträge die Eigenschaft eines Kaufmanns erlangt werden kann.

In Betracht könnten hier nur kommen:

1. Art. 271 Ziff. 1 und 2. In beiden Fällen ist aber von einer Anschaffung beweglicher Sachen, „um dieselben weiter zu veräussern“ die Rede. Wenn nun auch hinzugefügt ist: „es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder andere bewegliche Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden“, so ist doch dabei augenscheinlich gemeint, dass die Waaren oder andere bewegliche Sachen als solche weiter veräussert

[88]) Vgl. Behrend l. c. S. 147, Not. 9 a. E.

werden sollen und die Verarbeitung derselben nicht in einer Verwandlung derselben in eine unbewegliche Sache bestehen darf. Das Verbauen stellt offenbar eine Consumtion und nicht eine Realisationsveräusserung dar, selbst wenn der betr. Erbauer den fertigen Bau dann zu veräussern beabsichtigt; so macht z. B. ein Häuserspeculant keine Speculations-Anschaffungen im Sinne des Art. 271.[89])

2. Art. 272 Ziff. 1. Auch unter der hier vorausgesetzten Be- oder Verarbeitung beweglicher Sachen für andere ist jedoch keine derartige Consumtion derselben zum Verbauen zu verstehen, so dass sie nun der betr Person nicht mehr als bewegliche Sachen, sondern als Bestandtheile einer unbeweglichen zurückgegeben werden.

Damit ist aber durchaus nicht ausgeschlossen, dass die bez. Materialien-Anschaffungen nach Art. 273 (bes. Abs. 2., Schlusssatz) als Handelsgeschäfte zu betrachten sind. So wird dies z. B. anzunehmen sein bei den Materialienanschaffungen seitens einer Actienbaugesellschaft behufs Errichtung von Häusern, Brücken etc., bei denen einer Eisenbahnverwaltung zur Herstellung des Bahnkörpers, sowie endlich auch wohl dann, wenn ein Kaufmann zur Herstellung eines Ladenraumes, eines Speichers, Schuppens oder dergl. die betr. Materialien selbst besorgt. In allen diesen Fällen sollen die betr. beweglichen Sachen bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar[90]) benutzt resp. verbraucht werden.[91])

---

[89]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., XIII, S. 343; XIV, S. 50. Busch, Archiv, IX, S. 320. Goldschmidt, Zeitschr., XX, S. 573, Nr. 16. — Liegt dagegen die oben angedeutete Absicht, die betr. Gegenstände zum Verbauen zu benutzen, nicht vor, so hindert nichts, dass auch mit derartigen Materialien Handel getrieben werde und zwar in dem Sinne, dass die Anschaffung oder Uebernahme der Lieferung derselben als Handelsgeschäft erscheint und der gewerbemässige Betrieb dieser Geschäfte zum Kaufmann macht. Vgl. Busch, Archiv, IX, S. 320, Anm. Goldschmidt, Zeitschr., XX, S. 568, Nr. 12a; S. 576, Nr. 19.

[90]) Dies „unmittelbar benutzen“ steht m. E. im Gegensatz zu der vorhergehenden „Weiterveräusserung“ und nicht zu einem nur „mittelbar benutzen!“

[91]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., XIII, S. 344; XXII, S. 326; XI, S. 121. Goldschmidt, Zeitschr., XX. S. 567, Nr. 11; S. 569, Nr. 12a a. E.;

b. Was die auf Herstellung einer unbeweglichen Sache unmittelbar gerichteten Verträge anbelangt,[92]) so ist m. E. genau auseinanderzuhalten, ob ein einfaches Veräusserungsgeschäft der erst herzustellenden Immobilie (venditio rei futurae) oder eine locatio conductio, eine Miethe der zu der Herstellung der betr. Immobilien erforderlichen Dienstleistungen vorliegt und zwar kann es sich bei der letzteren entweder um eine locatio conductio operarum oder um eine locatio conductio operis, eine Werkverdingung der betr. Immobilie handeln.

Eine venditio rei futurae wird nun in der Regel dann gegeben sein, wenn der Erbauer zugleich Eigenthümer des Grund und Bodens ist, auf dem das betr. Werk hergestellt werden soll, indem hier meist das betr. Grundstück an den Besteller mit veräussert werden wird. Sollte dies nicht der Fall sein, so wird es sich immerhin noch um die Einräumung eines dinglichen oder persönlichen Rechts an dem betr. Gebäude etc. z. B. einer superficies oder eines Benutzungs- resp. Bewohnungsrechts handeln und deshalb immer noch eine alienatio der Immobilie im weitern Sinne anzunehmen sein.

Ist dagegen der Besteller Eigenthümer des mit dem Bauwerk zu versehenden Grundstücks, so kann entweder eine loc. cond. operis oder eine loc. cond. operarum vorliegen.[93]) Wenn das eine und wenn das andere der Fall ist, das richtet sich nach dem concreten Falle und ist nach den allgemeinen Regeln des materiellen Rechts zu beurtheilen. Charakteristisch ist der loc. cond. operis eine ein-

---

S. 573, Nr. 16, Abs. 2 a. E., S. 575. Centralorgan N. F. I, S. 257. — Dagegen sind jedoch Entsch. des R.-O.-H.-G. X, S. 242; VIII, S. 632: XI, S. 120. Seuff., Archiv, XXIX, Nr. 259. Weder in der Theorie noch in der Praxis scheint sich bisher eine communis opinio gebildet zu haben!

[92]) Vgl. bes. Hahns Commentar zu Art. 275, § 4, S. 45.

[93]) Die angegebene Unterscheidung in loc. cond. operis und operarum wird gemacht: Seuff., Archiv, XXVI, Nr. 239. Entsch. des R.-O.-H.-G., XI, S. 329; XV, S. 259. — L. c. operarum und l. c. operis stehen in demselben Verhältniss zu einander wie Arbeit für Tagelohn und Arbeit gegen Stücklohn.

heitliche Gegenleistung. Ob jedoch der Besteller die Baumaterialien und die nöthigen Auslagen gesondert bezahlt oder ob dieselben bei dem Gesammtpreis entsprechend veranschlagt werden, dies scheint mir noch nicht für die Annahme oder Nichtannahme der loc. cond. operis massgebend. Es kommt vielmehr bei derselben nur darauf an, dass der gesammten zur Ausführung des betr. Werkes erforderlichen Thätigkeit seitens des Erbauers der von dem Besteller gezahlte Preis als eine einheitliche Gegenleistung gegenüber steht.[94])

Wie nun die oben bez. venditio resp. alienatio rei futurae nie ein Handelsgeschäft sein kann, so ist auch die Werkverdingung einer Immobilie als ein „Vertrag über eine unbewegliche Sache" im Sinne des Art. 275 anzusehen; nicht aber die locatio conductio operarum. Bei der Werkverdingung ist nämlich augenscheinlich die Absicht des Contrahenten auf die Gewährung resp. Erlangung des betr. Bauwerkes unmittelber gerichtet. Das Grundstück des Bestellers wird durch die Erbauung des Gebäudes etwas ganz anderes, und dieses andere ist offenbar der unmittelbare Gegenstand des die Werkverdingung enthaltenden Vertrages.

Bei der locatio conductio operarum dagegen sucht der betr. Besteller resp. diejenige Person, die das Bauwerk für sich errichten lassen will, vor der Hand nur Arbeitskräfte resp. die Dienste gewisser, zu bestimmten Verrichtungen befähigter Personen zu erlangen. Wie er dieselben verwenden will, braucht er bei dem betr. Vertrage noch gar nicht bestimmt sich vergegenwärtigt zu haben, und wenn ihre

---

[94]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G., XV, S. 259. — Ob eine derartige besondere Bezahlung der durch den Erbauer gelieferten Materialien als eine Realisationsveräusserung seitens des Erbauers oder nur als eine Vergütung der für die Anschaffung derselben gemachten Auslagen aufzufassen sein wird, dies wird m. E. davon abhängen, ob derselben seitens des Erbauers eine Speculationsanschaffung vorhergegangen, der Erbauer also zugleich als Händler mit derartigen Gegenständen anzusehen ist, oder ob diese Anschaffung unmittelbar in Bezug auf den betr. Bau gleichsam nur in Stellvertretung des Bestellers geschehen ist.

Verwendung zur Errichtung eines Immobile schon jetzt beabsichtigt ist, so kann dies höchstens als ein Motiv zur Eingehung des betr. Vertrages erscheinen. Der Gegenstand des Vertrages unmittelbar bleiben aber immer die betr. Dienstleistungen und der Art. 275 kann daher hier keine Anwendung finden.[95])

Gegen die hier gegebene Ausführung liesse sich allerdings einwenden, dass es factisch zuweilen kaum mehr möglich sein dürfte, zu entscheiden, welche der beiden letztgenannten Obligationen beabsichtigt sei,[96]) indem dieselben durch die ausserordentliche Mannigfaltigkeit der hier in Betracht kommenden Umstände die verschiedensten Modificationen erleiden können. Dies scheint mir aber doch noch nicht Grund genug zu sein, zahlreiche Verträge, deren Qualification als loc. cond. operarum ganz augenscheinlich ist und die oft nicht die unwichtigsten Hilfsgeschäfte gewisser Gewerbebetriebe ausmachen, gänzlich von der Kategorie der Handelsgeschäfte auszuschliessen. Man denke z. B. nur an die Dienstverträge einer Eisenbahnverwaltung[97]) mit all' den zahlreichen Arbeitern, die ausdrücklich nur zur Unterhaltung der Bahnstrecke oder zur Anlegung neuer Gleise und dergl. gemiethet sind; oder an die Verträge einer eingetragenen Baugenossenschaft[98]) mit den zur Ausführung ihrer Bauten nöthigen Arbeitern; hier wird auch ein als „Beamter" einer derartigen Gesellschaft angestellter Bau-

---

[95]) Wenn dagegen Goldschmidt, I, S. 682 ff. sagt: „Rechtsgeschäfte, deren Zweck die Herstellung unbeweglicher Sachen ist, sind durch Artikel 275 von den Handelsgeschäften ausgeschlossen," so scheint mir dies in dieser Allgemeinheit ausgesprochen weit über die wahre Tragweite unseres Artikels hinauszugehen.

[96]) Für derartige Fälle dürfte wohl eine, dem Art. 274, Abs. 1 analoge Präsumtion, dass ein von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossenes Rechtsgeschäft „im Zweifel" als ein Vertrag über bewegliche Sachen, also als Handelsgeschäft aufzufassen sei, bei der ungenauen Fassung unseres Artikels ebensosehr erforderlich, wie auch mit der erkennbaren Tendenz desselben sehr wohl vereinbar sein.

[97]) Kaufmann auf Grund der Art. 4 und 272, Ziff. 3 des H.-G.-B.

[98]) Handelt als Kaufmann nach dem Reichsgesetz v. 4. Juli 1868, § 11.

meister etc. als ein durch einen handelsgeschäftlichen Vertrag gemietheter Lohnarbeiter erscheinen.

c. Bei Verträgen über die Herstellung von Theilen einer unbeweglichen Sache wird sich sodann oft noch ein weiterer Gesichtspunkt geltend machen. Bei der Anbringung eines Gegenstandes an eine Immobilie (sodass derselbe alsdann als ein Bestandtheil derselben erscheint) wird nämlich oft die Herstellung resp. Lieferung des betr. Gegenstandes als solchen bei weitem das wichtigere des betr. Geschäftes sein, während im Vergleich hierzu das Anbringen selbst ganz nebensächlich erscheint. Dies wird z. B. der Fall sein bei der Anbringung eines Reliefs aus Gyps oder Marmor oder eines sonstigen ornamentalen Schmuckes an einem Hause, bei einem kunstvollen Geländer einer Treppe oder einer Veranda, bei der Anfertigung einer grossen Maschine, deren Theile unmittelbar in die Mauer des eigens dazu bestimmten Maschinengebäudes eingemauert werden, u. s. w.

Bei allen auf eine derartige Herstellung abzielenden Verträgen wird es den Contrahenten immer vor allem um die Herstellung des betr. Gegenstandes als eines Mobile zu thun sein, während die Anbringung desselben an die Immobilie, an das Haus etc. nur nebenhin noch in Betracht kommt, gleichsam als „Zugabe" noch mit besorgt wird. Derartige Verträge werden daher m. E., auch wenn sie ihrem ganzen Wesen nach als loc. cond. operis erscheinen sollten, immer noch als Verträge über bewegliche Sachen und daher eventuell als Handelsgeschäfte aufzufassen sein.[99])

§ 9. Als „Verträge über unbewegliche Sachen" könnte man schliesslich noch eine letzte Gruppe von Verträgen betrachten, deren Gegenstand zur Zeit des Vertragsabschlusses allerdings noch als Immobilie anzusehen ist, bei denen aber doch aus der rechtlichen Natur des Vertrages eine andere Entscheidung zu treffen ist. Derartige Verträge sind alle Veräusserungsgeschäfte über Bestandtheile unbeweglicher Sachen, bei denen erst an den von der Hauptsache getrennten und daher nunmehr beweglichen Sachen

[99]) Vgl. Goldschmidts Zeitschr., XI, S. 121; XX, S. 575.

der Uebergang der veräusserten Gegenstände an den Erwerber geschehen soll. Beispiele derartiger Verträge sind der Verkauf von Obst auf den Bäumen, von Holz auf dem Stamm, von Früchten auf dem Halm, von Torf, Steinen, Kies, Erzen, Steinkohlen und anderen Bestandtheilen und Erzeugnissen des Grund und Bodens, so lange sie von demselben noch nicht getrennt sind,[100]) sodann auch der An- und Verkauf der Bestandtheile eines noch stehenden Hauses oder einer erst einzureissenden Brücke etc.[101]) In allen diesen Fällen ist die Absicht der Contrahenten augenscheinlich nicht auf den Erwerb der betr. Immobilie gerichtet, mit der die veräusserten Gegenstände zur Zeit des Vertragsabschlusses noch zusammenhängen, auch nicht auf die immobilen Theile derselben als solche; vielmehr bilden den jedesmaligen Gegenstand des Vertrages die schon als getrennt von der unbeweglichen Hauptsache gedachten, beweglichen einzelnen Stücke. Auf die genannten Verträge kann daher die Bestimmung des Art. 275 keine Anwendung finden.

Von diesen Verträgen sind aber diejenigen Rechtsgeschäfte wohl zu unterscheiden, bei denen es im Effect allerdings auch auf eine Veräusserung derartiger Bodenerzeugnisse abgesehen ist, bei denen dies aber dadurch bewerkstelligt wird, dass der betr. Person ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an dem Grundstück selbst eingeräumt wird, wo also in Wahrheit eine Vermiethung oder Verpachtung der betr. unbeweglichen Sachen vorliegt.[102]) So ist z. B. ein Vertrag, durch den Jemandem die Be- und Ausnützung eines Kieslagers etwa zur Herstellung eines Eisenbahndammes oder dergl. gestattet wird, als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache zu verstehen, während dies eine Abmachung, dass sich Jemand aus einem Kieslager

[100]) Vgl. Seuff., Archiv, XXVI, Nr. 6. Goldschmidt, Zeitschrift, XI, S. 111. Centralorgan, III, S. 193.

[101]) Vgl. Centralorgan, I, S. 255. Busch, Archiv, IV, S. 369. Goldschmidt, Zeitschrift, VIII, S. 633.

[102]) Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift, XI, S. 113; XIII, S. 642; Centralorgan, II, S. 545; III, S. 193.

eine bestimmte Anzahl Fuhren von Kies holen darf, schon nicht mehr ist.

Aus dem vorliegenden Beispiel ist zugleich ersichtlich, dass ein Anhalt für die Qualificirung eines einschlägigen Vertrages als eines über die beweglich gedachten Gegenstände geschlossenen meist in der Abgrenzung der zu veräussernden Gegenstände auf ein nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmtes Quantum zu finden sein wird. Doch kann m. E. eine derartige Abgrenzung auch fehlen oder wenigstens nur mittelbar gegeben sein, indem die Bestimmung der veräusserten Sachen nur nach dem betr. Theile des Grund und Bodens stattfindet, mit dem dieselben beim Vertragsabschluss noch zusammenhängen: So sind z. B. Verträge über das auf einem bestimmten Felde stehende Getreide, über den Ertrag einer bestimmten Ernte, über die in einer bestimmten Waldparzelle befindlichen Bäume, über die Ausbeute eines Steinbruchs oder eines Kieslagers, über den Ertrag eines Stollens und andere derartige Geschäfte regelmässig noch als Verträge über bewegliche Sachen aufzufassen.

Eine allgemeine Regel lässt sich für derartige Fälle nicht weiter aufstellen; es wird aber immer in concreto die aus dem Wortlaut des Vertrages erkennbare Absicht der Contrahenten dafür massgebend sein, ob eine Vermiethung resp. Verpachtung der betr. Immobilie oder ein reines Veräusserungsgeschäft der nur jetzt noch mit der Immobilie zusammenhängenden, im Sinne des Vertrages aber als beweglich aufzufassenden Erzeugnisse oder Bestandtheile dieser Immobilie anzunehmen sei.[103])

---

[103]) Hier dürfte auch zu erwähnen sein, dass die Veräusserungsgeschäfte von Producenten stets Verträge über bewegliche Sachen sind. Wenn sie daher im allgemeinen nicht als Handelsgeschäfte erscheinen, so liegt dies nur daran, dass keine der in Art. 271 und 272 angeführten Qualificationen auf dieselben passen. Wohl aber ist m. E. der Fall denkbar, dass sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden, und dann hindert nichts, dass dieselben nach Art. 273 als Handelsgeschäfte anzusehen sind; z. B. ein Landwirth, der

§ 10. Wie dies oben bereits erwähnt wurde,[104]) so zeigen auch die zuletzt betrachteten Verträge, dass die Fassung des Art. 275 eine durchaus ungenaue und beinahe unjuristische ist. Es sind über seine Tragweite, wie wir gesehen haben, zahlreiche Controversen entstanden, die theilweise kaum jemals mit absoluter Sicherheit entschieden werden dürften.

Andererseits fragt es sich aber auch, ob überhaupt eine derartig weite Fassung des gen. Artikels für den Handelsverkehr wünschenswerth oder auch nur für einen Ausschluss der mit Immobilien getriebenen Speculation von dem Handelsrecht erforderlich ist. Betreffs der Vermiethung von Handelslokalitäten wurde dies wie oben[105]) gezeigt, schon in den behufs der ersten Lesung abgehaltenen Conferenzen in Nürnberg ausgesprochen und die in der zweiten Lesung dagegen geltend gemachten Gründe dürften, obgleich sie bei der endlichen Redigirung des Handelsgesetzbuchs ausschlaggebend geblieben, bei einer genaueren Prüfung sich kaum als stichhaltig erweisen. Ebenso scheint mir aber auch in denjenigen Rechtsgeschäften, welche die Herstellung von Bauten auf einem dem Besteller gehörigen Grund und Boden zum Gegenstande haben, und ähnlichen Verträgen eine die Stabilität des Grundeigenthums gefährdende Speculation durchaus nicht gesehen werden zu können.

Es würde m. E. eine Fassung unseres Artikels etwa folgenden Wortlauts:

„Rechtsgeschäfte, welche die Uebertragung des Eigenthums oder die Einräumung eines andern dinglichen Rechts an Immobilien zum Gegenstande haben, sind keine Handelsgeschäfte",

---

zugleich Speculationsgeschäfte mit Getreide macht, wird auch sein selbst producirtes Getreide präsumtiv in seinem Handelsgewerbe veräussern! - Vgl. Goldschmidt. I, Nr. 468, S. 36. Centralorgan, I, S. 258; S. 391 ff.; II, S. 11 ff.; S. 550. Goldschmidt, Zeitschrift, XI, S. 113.

[104]) Vgl. oben S. 22.

[105]) Vgl. oben S. 23 fg.

den Zwecken einer derartigen Abgrenzung des Handelsrechts bei weitem mehr entsprochen haben und dem kaufmännischen Verkehr den demselben durch das Handelsgesetzbuch entstandenen Nutzen nicht in so vielen Punkten theils ohne besonderen Grund ganz entzogen, theils arg in Frage gestellt haben. Der Hauptübelstand, welchen eine derartige Fassung mit sich brächte, läge allerdings in dem Umstand, dass der Begriff der dinglichen Rechte in den einzelnen Particulargesetzen theilweise ein sehr verschiedenartiger ist und daher durch eine derartige Bestimmung der einheitliche Geltungsbereich des Handelsrechts gestört würde. Einmal ist aber diese Unzuträglichkeit, wie wir gesehen haben, auch bei der Wahl des Ausdrucks, „unbewegliche Sachen" nicht zu vermeiden gewesen; sodann dürfte dieses Argument voraussichtlich noch innerhalb der nächsten Jahre durch die Einführung des neuen Reichs-Civil-Gesetzbuchs beseitigt werden. Es wäre daher bei einer alsdann etwa eintretenden Revision des Handelsgesetzbuchs[106]) eine Abänderung unseres Artikels in der bezeichneten Art und Weise oder wenigstens die Einschaltung eines entsprechend beschränkenden Zusatzes zu demselben dringend zu wünschen.

---

[106]) Eine solche ist schon in Aussicht genommen; siehe das Gutachten der „Vorcommission" zum Reichscivilgesetzbuch in Hausers Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht, Bd. I, S. 307 ff.

Die zu vorliegender Arbeit benutzte Litteratur.

I. Civilrechtliche Gesetzbücher und Commentare.

Koch, Preussisches Landrecht, Commentar. 3. Auflage. Berlin 1856.

Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher. 4. Auflage. Berlin 1858.

Oesterreichisches bürgerliches Gesetzbuch. Wien 1811.

Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch, Commentar von Siebenhaar. Leipzig 1864.

Les sept Codes. Paris 1830.

Das badische Landrecht. Karlsruhe 1836.

II. Civilrechtliche Compendien.

Glück, Pandekten. Erlangen 1797.

Weiske, Rechtslexikon. Leipzig 1839.

Holzschuher, gemeines Civilrecht. Leipzig 1863.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. Stuttgart 1874.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 5. Auflage. Stuttgart 1879.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. I. Band. Berlin 1871.

Gerber, Deutsches Privatrecht. 12. Aufl. Jena 1875.

Förster, Preussisches Privatrecht. Berlin 1865.

Dernburg, Preussisches Privatrecht. Halle 1875.

Unger, Oesterreichisches Privatrecht. 4. Aufl. Leipzig 1874.

Roth, Bayerisches Privatrecht. Tübingen 1872.

Wächter, Württembergisches Privatrecht. Stuttgart 1842.

Zachariae, Französisches Civilrecht. Heidelberg 1874.

III. Commentare zum deutschen Handelsgesetzbuch.

Litthauer, allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1879.
Keyssner, Commentar. Stuttgart 1878.
Anschütz und Völderndorff, Commentar. Erlangen 1874.
v. Hahn, Commentar. Braunschweig 1867.
Makower, Commentar. 3. Auflage. Berlin 1873.

IV. Handbücher des Handelsrechts.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. Band, 1. Abth., 2. Auflage. Erlangen 1874.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. Band, 2. Abth., Erlangen 1868.
Thöl, das Handelsrecht. 6. Auflage. Leipzig 1879.
Auerbach, das neue Handelsgesetz. Frankfurt a. M. 1863.
Endemann, Deutsches Handelsrecht. Heidelberg 1865.
Endemann, Handbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Leipzig 1881.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1880.

V. Zeitschriften.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Band I—XXV.
Busch, Archiv für deutsches Handelsrecht. Band II, IV, IX und N. F. VI.
Calm, Wochenschrift für deutsches Handels- und Wechselrecht. Band I.
Löhr, Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechsel-Recht. N. F. Band I, II und III.
Mittermaier und Warnkönig, kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Band XXIII.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 13 und 17 (N. F. II).
Bekker und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Band 2 und 4.
Hausers Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht. Bd. 1.

VI. Sammlungen oberstrichterlicher Präjudicien.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Band XXVI und XXIX.

Striethorst, Archiv für Entscheidungen des preuss. Obertribunals. Band 56, 59 und 61.

Entscheidungen des preussischen Obertribunals. Band 70.

Entscheidungen d. Reichs-Ober-Handels-Gerichts (citirt R.-O.-H.-G.). Band I—XXIV.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Band I—IV.

VII. Monographien, Commentare einzelner Gesetze etc.

Klostermann, Preussisches Bergrecht. Berlin 1871.

Klostermann, Commentar zum Berggesetz vom 24. Juni 1865. Berlin 1874.

Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht. Leipzig 1874/77.

Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht. Leipzig 1871.

Renaud, das Recht der Actiengesellschaften. Leipzig 1863.

Keyssner, die Actiengesellschaften und Commandit-Actiengesellschaften. Berlin 1873.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Berlin 1857.

Lutz, Protokolle zum allgemeinen Handelsgesetzbuch. Würzburg 1861.

Festgabe der Strassburger juristischen Facultät zu Thöls Doctor-Jubiläum. Strassburg 1879.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Capitel I.

Inwiefern werden durch den Artikel 275 Verträge über unbewegliche Sachen vom Gebiet des Handelsrechts ausgeschlossen?

§ 2. Was sind Handelsgeschäfte? 4
§ 3. Welche Wirkung hat der Ausschluss von denselben? 6

Capitel II.

Welche Objecte sollen durch Artikel 275 dem Gebiet des Handelsrechts entzogen werden?

§ 4. Allgemeines über unbewegliche Sachen 8
a. Die unbeweglichen Sachen } nach gem. Recht 9
b. Die Pertinenzen derselben } und den Particulargesetzen 11
§ 5. Allgemeines über unbewegliche Rechte 14
a. Die unbeweglichen Rechte nach gemeinem Rechte 15
b. Die unbeweglichen Rechte nach den Particulargesetzen 19
c. Gemeinsame Besonderheiten 21

Capitel III.

Was ist unter dem Ausdruck „Verträge über unbewegliche Sachen" zu verstehen?

§ 6. Interpretation des Ausdrucks aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 22
§ 7. Verträge, welche ohne Rücksicht auf eine Veränderung der Substanz der betr. Immobilien über solche abgeschlossen werden. Allgemeines über derartige Verträge 27
Einzelne Verträge:
a. Veräusserungen von Immobilien 27
b. Vermiethungen und Verpachtungen derselben 27
c. Verpfändung derselben 28
d. Uebernahme eines Handels-Etablissements 29
e. Versicherung einer Immobilie 33
f. Vermittlungsgeschäfte 34
§ 8. Verträge über zukünftig unbewegliche Sachen.
Charakterisirung derselben im allgemeinen 36
Einzelne Verträge:
a. Anschaffungen von Baumaterialien 37
b. Verträge über Herstellung unbeweglicher Sachen 39
c. Verträge über Herstellung von Theilen derselben 42
§ 9. Verträge über zukünftig bewegliche Sachen 42
§ 10. Schluss 45

Vita.

Ich, Gustav Wendt, geboren am 27. März 1859 zu Breslau, bin ein Sohn des Amtsgerichtsraths Mortimer Wendt zu Breslau und seiner Gattin Bertha, geb. v. Struensee. Meinen Schulunterricht habe ich auf dem hiesigen Gymnasium zu St. Maria-Magdalena und dem hiesigen Königlichen Friedrichs-Gymnasium empfangen. Von letzterem wurde ich am 8. April 1878 mit dem Zeugniss der Reife entlassen. Ich wandte mich hierauf dem Studium des Jurisprudenz zu und besuchte die Universitäten Breslau und Zürich. Zugleich genügte ich meiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger bei dem 2. Schlesischen Grenadier-Regiment Nr. 11. Am 17. Juni 1881 bestand ich das Referendariats-Examen beim hiesigen Oberlandesgericht und wurde am 27. Juni 1881 beim hiesigen Amtsgericht als Referendar vereidigt und angestellt.

Thesen.

1. Nach gemeinem Recht ist in der Einwilligung eines Gläubigers in die Verwendung seiner Forderung zur Compensation gegen eine fremde Schuld eine stillschweigende Cession zu sehen.
2. Das Decret Martins V.: Ad vitanda scandala in der Constanzer Fassung ist gemeines kanonisches Recht.
3. Im Falle der Scheidung im Sinne des Sachsenspiegels ist der Frau die Fahrniss auszuantworten und für veräussertes Gut Entschädigung zu leisten.
4. Im § 155, I, 11 A. L.-R. ist der Ausdruck „wirklicher Schaden“ nicht ungenau; ebensowenig sind die Worte „nach Verhältniss der Verschuldung“ bedeutungslos.
5. Nach der deutschen Reichs-Civil-Prozess-Ordnung ist beim Ausbleiben des Beklagten das Versäumnissurtel auf Antrag des Klägers auch dann zu erlassen, wenn in der Klageschrift notorisch unrichtiges zur Begründung des Klageanspruchs angeführt ist.